

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE

**BIBLIOTECA DE ARBITRAJE DEL
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE
(VOLUMEN 13)**

PALESTRA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE

Primera edición, diciembre 2010
Tiraje: 500 ejemplares

© MARIO CASTILLO FREYRE, editor, 2010
Av. Arequipa 2327, Lince
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© PALESTRA EDITORES S.A.C., 2010
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627
palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220 Lima - Lima - Santiago de Surco

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2010-16313

ISBN: 978-612-4047-48-0

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

SECCIÓN ARTÍCULOS

1. El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de la jurisdicción arbitral 21
Ernesto Álvarez Miranda
Carolina Canales Cama
2. La inevitabilidad de la arbitrabilidad de la nulidad de los contratos administrativos 45
Juan José Pérez-Rosas Pons
3. Ámbito de aplicación del convenio arbitral en las controversias contractuales: a propósito del Decreto Legislativo n.º 1071 65
Luciano Barchi Velaochaga
4. Plazos de caducidad para solicitar el arbitraje administrativo en las contrataciones estatales del Perú 93
Juan Peña Acevedo
5. Fútbol, arbitraje y Derecho Deportivo 119
Augusto Millones Santa Gadea
6. La preocupación por la neutralidad de los peritos arbitrales 139
Gracy Zapata Oré
Billy Franco Arias
7. El arbitraje en el sector de las comunicaciones 173
Álvaro Silva Rudat

8. Arbitraje Internacional Apuntes sobre el arbitraje
CIADI 197
Alfredo Chan Arellano
Juan Chang Tokushima
9. ¿Resultan procedentes las acciones de amparo contra
laudos arbitrales? 225
Jorge Vega Soyer
Augusto Pereyra Zaplana
10. La ausencia de sinergia entre el Poder Judicial y el ar-
bitraje 247
María Isabel Cheng Castañeda
11. «*The power of this Court compels you. ¿El Tribunal
Constitucional está exorcizando al arbitraje o a sus
propios demonios? Breves comentarios a la sentencia
recaída en el expediente n.º 5311-09/TC-AA* 261
José Antonio Trelles Castillo
12. ¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable? 269
Mario Castillo Freyre
Rita Sabroso Minaya
13. Evaluación de la problemática de las negligencias mé-
dicas y alternativas de solución: de las quejas, denun-
cias y demandas, hacia pólizas de seguros y un sistema
arbitral *ad-hoc* 317
Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz
14. «Comentarios sobre la Sentencia del Tribunal Consti-
tucional que ordena el arbitraje potestativo para deter-
minación del nivel de negociación colectiva en el sec-
tor portuario» 357
Rita Sabroso Minaya
Jorge Orlando Ágreda Aliaga

15. La «cláusula *fork in the road*» y el arbitraje de inversión 391
Mario Castillo Freyre
Franz Stirnimann Fuentes
Elena Sevilla Sánchez

PRESENTACIÓN

Panorama actual del arbitraje ofrece trece artículos sobre las distintas perspectivas del arbitraje en los más diversos ámbitos de la vida jurídica nacional, desde las clásicas disquisiciones nacidas en los arbitrajes derivados de las contrataciones estatales, pasando por cuestionamientos a la injerencia del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en las decisiones de los tribunales arbitrales; llegando hasta los pormenores de la experiencia arbitral de los organismos reguladores y los organismos deportivos.

A continuación, esbozamos breves alcances sobre cada uno de los trabajos contenidos en este volumen de la *Biblioteca de Arbitraje*.

El primer trabajo ha sido denominado *El papel de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de la jurisdicción arbitral*. Elaborado por Ernesto Álvarez Miranda (Magistrado del Tribunal Constitucional) y Carolina Canales Cama, aborda el arbitraje, no sólo detallando (i) el marco constitucional vigente, sino también, (ii) la evolución del control constitucional sobre la jurisdicción arbitral en la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional.

Puntualmente, en torno al primer punto, merece especial atención el reconocimiento del arbitraje, por parte de los autores, como una sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada al respeto de los derechos fundamentales, tales como el derecho al debido proceso (sólo en algunas de sus manifestaciones). Luego, sobre el segundo punto, los autores resumen los principales fallos del Tribunal Constitucional que, bajo la óptica *iuspublicista*, dibujan el arbitraje como jurisdicción de carácter privado dentro de contornos constitucionales.

Finalmente, el artículo contiene propuestas concretas de reforma que aseguren la práctica del arbitraje en el marco de la justicia y la equidad; vinculadas, tales propuestas, al recurso de anulación y su control *ex post* y, a la procedencia y finalidades del amparo arbitral.

La inevitabilidad de la arbitrabilidad de la nulidad de los contratos administrativos es el segundo trabajo de esta obra colectiva, en donde Juan José Pérez-Rosas Pons nos introduce al ámbito de la contratación estatal, para discrepar abiertamente respecto a la posición de cierto sector de la doctrina sobre la impertinencia de dilucidar en sede arbitral la nulidad de un contrato administrativo.

De hecho, el autor se preocupa por poner en evidencia que la propia especificidad y especialidad del arbitraje administrativo, envuelven la voluntad arbitral del Estado Peruano frente a supuestos de nulidad del contrato *ab initio*, incluso en el caso de inexistencia formal del contrato, contenido en la causal de rescisión contractual.

Por otra parte, en el tercer trabajo titulado *Ámbito de aplicación del convenio arbitral en las controversias contractuales: a propósito del Decreto Legislativo n.º 1071*, el profesor Luciano Barchi Velaocha-ga analiza de forma pormenorizada los lineamientos para determinar aquellas materias arbitrables con ocasión de la dación del Decreto Legislativo n.º 1071, actual Ley de Arbitraje.

Particularmente, el autor desarrolla, con mucho tino, entre otras, la posibilidad de entablar en sede arbitral una pretensión de restitución de la prestación ejecutada por la parte demandante, cuando aquélla se derive del pago indebido, sin perjuicio de que este último constituya una fuente heterónoma de las relaciones obligatorias.

Así, el autor concluye en la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones extracontractuales de un acto jurídico cuando las partes, voluntariamente, deciden someter a arbitraje *todo litigio o controversia, derivado o relacionado con el referido acto jurídico*.

Luego, en relación al arbitraje administrativo y como cuarto trabajo de esta obra colectiva, Juan Peña Acevedo plantea un interesante debate sobre el establecimiento, vía reglamentaria, de los *Plazos de caducidad para solicitar el arbitraje administrativo en las contrataciones estatales del Perú*.

Como se sabe, la aplicación de los plazos para el inicio del arbitraje administrativo, establecidos —de forma específica— en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Estatales, aprobado por Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, ha sido objeto de constante discusión, principalmente, al carecer de una fuente normativa con rango de Ley que la sustente y debido también a la multiplicidad de arbitrajes surgidos a raíz de las distintas controversias derivadas de un único contrato con el Estado.

Por ello, en el citado artículo, una vez culminada la explicación de los argumentos en contra (antes señalados) y a favor de dicha propuesta (entre ellos, la especificidad y especialidad del Derecho Administrativo, la buena fe contractual y la discrecionalidad de las partes contractuales), el autor advierte sobre la urgente necesidad de precisión legislativa —con la cual concordamos—, dada la actual incertidumbre en la materia y el sobrecosto que ella genera en las contrataciones estatales frente a las controversias surgidas luego de suscrito un convenio.

Como quinto trabajo tenemos *Fútbol, arbitraje y Derecho Deportivo*, de Augusto Millones Santa Gadea, quien presenta al arbitraje como el mecanismo de solución de disputas deportivas de concurrencia obligatoria, compuesto por las instituciones nacionales y extranjeras, a saber; la Federación Peruana de Fútbol y la Federación Internacional del Fútbol Asociado —FIFA— (y sus órganos arbitrales correspondientes).

En esta línea, el autor estudia de forma pormenorizada el que sería el inicio del Derecho Deportivo y, a su criterio, también del arbitraje FIFA. Nos referimos al proceso de amparo seguido en última ins-

tancia ante el Tribunal Constitucional, entre el Club Deportivo Wanka y la Federación Peruana de Fútbol.

Sin embargo, como bien anota el autor, su objetivo es conducirnos de forma correcta a concluir en que la justicia deportiva debe regirse de modo concurrente por las normas de la FIFA e, igualmente, por la propia Constitución Política del Perú de 1993, la Ley General del Deporte y el Decreto Legislativo n.º 1071.

El sexto trabajo de esta obra colectiva, ha sido redactado por Gracy Zapata Oré y Billy Franco Arias, quienes en *La preocupación por la neutralidad de los peritos arbitrales* vuelcan las inquietudes surgidas de su experiencia profesional, en relación a las prácticas a las que los tribunales arbitrales pueden recurrir para asegurar que una prueba pericial posea conclusiones debidamente equilibradas sobre los hechos objeto de controversia.

De este modo, los autores reflexionan sobre la manera en que un perito es incorporado a un arbitraje y cuál es el contenido de independencia e imparcialidad; para luego proponer, con carácter personal, que la opción del tribunal arbitral contra la falta de neutralidad de una pericia es la práctica de la metodología comparativa (entendida como la admisión de la prueba pericial y su valoración crítica).

Así, celebramos que esta propuesta no sólo promueva el respeto a la noción del debido proceso y a la plena vigencia del principio de contradicción en materia probatoria sino que, por sobre ello —como se menciona a manera de conclusión en el referido trabajo— consiga apreciar de modo razonable los hechos fruto de la actuación probatoria.

En *El arbitraje en el sector de las telecomunicaciones*, séptimo trabajo de esta obra colectiva, el profesor Álvaro Silva Rudat describe la situación actual del arbitraje como medio de resolución de conflictos en materia de telecomunicaciones. De hecho, el autor representa,

de forma precisa, el arbitraje con ocasión de controversias suscitadas entre el Estado o sus organismos reguladores, y un operador de servicios de telecomunicaciones; así como también el arbitraje nacido de las controversias de menor escala, originadas entre un operador y un consumidor o usuario del servicio.

En este trabajo, se encuentran minuciosamente expuestas determinadas controversias suscitadas entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y un operador, las controversias entre OSIPTEL y un operador (tanto procesos contractuales como regulatorios), y el arbitraje entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones (y, como parte de éste, el arbitraje administrado por OSIPTEL, las materias arbitrables y los contratos de concesión de Telefónica del Perú S.A.).

En el octavo trabajo, denominado *Arbitraje Internacional: Apuntes sobre el arbitraje CIADI*, se resalta el carácter de única vía segura de resolución de conflictos sin interferencias, que ocupa el arbitraje en materia de transacciones e inversiones internacionales. Sus autores, Alfredo Chan Arellano y Juan Chang Tokushima, presentan los principios y elementos que caracterizan a uno de los organismos más importantes en materia de arbitraje internacional: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

En este artículo Chan y Chang, luego de repasar la historia del CIADI, informan sobre dicho organismo y el procedimiento arbitral seguido ante éste, al dar respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Quiénes pueden formar parte de un arbitraje CIADI?, ¿es necesario iniciar un proceso de conciliación antes de acudir a un arbitraje?, ¿las partes tienen libertad para determinar el derecho aplicable al fondo de la controversia?, ¿es válido el pacto de la ley de arbitraje peruana como regla procesal supletoria?

Además, los autores ensayan respuestas para los siguientes cuestionamientos: ¿Es posible que las partes acuerden un procedimiento

de nombramiento especial?, ¿las partes son libres de fijar el lugar del arbitraje?, ¿las partes pueden renunciar válidamente a los recursos impugnativos en contra del laudo arbitral?, ¿qué recursos pueden plantearse en contra del laudo arbitral conforme a las controversias del CIADI? y, finalmente, si ¿es posible aplicar las Convenciones de Nueva York y de Panamá respecto de un laudo CIADI?

De otro lado, como noveno trabajo de esta obra colectiva, el profesor Jorge Vega Soyer y Augusto Pereyra Zaplana se cuestionan si *¿Resultan procedentes las acciones de amparo contra laudos arbitrales?*

Sobre el particular, los autores sostienen —de forma acertada y cautelosa— que el recurso de anulación es la vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo, por lo que, luego de promovido el referido recurso contra el laudo, afirman que un recurso de amparo es improcedente. En este sentido, queremos hacer especial mención a que, el recurso de anulación constituye un mecanismo suficiente para proteger la vulneración al debido proceso y a la tutela procesal efectiva en sede arbitral.

Por ello, plantean la adecuación y variación de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, específicamente recaídos en los expedientes n.º 6167-2005-PHC/HC (caso Cantuarias Salaverry) como en el expediente n.º 1567-2006-PA/TC (caso Algamarca), al criterio contemplado en la nueva Ley de Arbitraje, expedida con posterioridad a ellos.

El décimo trabajo se denomina *La ausencia de sinergia entre el Poder Judicial y el arbitraje* y ha sido elaborado por la profesora María Isabel Cheng Castañeda, quien destaca las intromisiones del Poder Judicial en la decisión adoptada en una resolución expedida por la Primera Sala Civil Superior, Subespecializada en materia Comercial en Lima, con ocasión de la interposición de un recurso de anulación del laudo arbitral expedido por un tribunal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

La autora denuncia —de forma enfática— la falta de sincronía entre el aparato estatal de resolución de conflictos, es decir, el Poder Judicial, y el arbitraje privado; al constatar —en el fallo bajo análisis— una serie de decisiones que pecan de incongruentes, como son: (i) la aplicación de la nueva Ley de Arbitraje a un recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral expedido bajo la vigencia de la antigua ley, (ii) la inaplicación de las reglas del Reglamento de Arbitraje escogido por las partes y, (iii) la anulación parcial de un laudo arbitral por la motivación de la decisión arbitral.

Como décimo primer trabajo, José Antonio Trelles Castillo presenta *The power of this Court compels you. ¿El Tribunal Constitucional está exorcizando el arbitraje o a sus propios demonios? Breves comentarios a la sentencia recaída en el expediente n.º 5311-09/TC-AA*. Dicho trabajo contiene una serie de cuestionamientos a la actuación del Tribunal Constitucional en el fallo bajo análisis, relativos a las siguientes materias: (i) la supuesta afectación al debido proceso por el incumplimiento del requisito preprocesal relativo a la negociación directa entre las partes, (ii) la intromisión en la técnica probatoria que debió ser empleada por el tribunal arbitral y, (iii) gravemente, la revisión del fondo del asunto.

Para finalizar su trabajo, el autor postula que los elementos de una institución dinámica, como el arbitraje, no pueden ser desnaturalizados por una intervención garantista por parte del Tribunal Constitucional, idea que compartimos.

Como décimo segundo trabajo, quien escribe estas líneas y Rita Sabroso Minaya, miembro de mi estudio, presentamos el trabajo denominado *¿Las funciones del OSITRAN son materia arbitrable?*, en donde ensayamos una respuesta a dicho cuestionamiento. De esta manera, proponemos que las decisiones del OSITRAN, derivadas del ejercicio de sus atribuciones y funciones otorgadas por ley, sean conducidas al proceso contencioso administrativo en calidad de sede de resolución de conflictos.

Como penúltimo trabajo, Abdías Sotomayor Vértiz, en *Evaluación de la problemática de las negligencias médicas y alternativas de solución: de las quejas, denuncias y demandas, hacia pólizas de seguros y un sistema arbitral ad-hoc*, explica las falencias que ha podido identificar en el sistema de seguro propuesto para aplacar los actos de negligencia médica. Específicamente, el autor revela la problemática existente en la actuación de los entes involucrados, como son la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS) y el Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI).

En ese escenario, luego de un detallado análisis, el autor propone como mecanismos de solución, la prevención y, de otro lado, la centralización obligatoria de la justicia en materia de negligencias médicas, para todo establecimiento de salud, público o privado, así como para todo profesional de la salud, en tribunales de carácter arbitral.

Finalmente, tenemos el artículo titulado *Comentarios sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que ordena el arbitraje potestativo para determinación del nivel de negociación colectiva en el sector portuario*, elaborado por Rita Sabroso Minaya y Jorge Orlando Ágreda Aliaga, abogado especialista en Derecho Laboral, en donde nos brindan los aspectos generales de la negociación colectiva y nos explican las incidencias del arbitraje potestativo establecido por el Tribunal Constitucional, a efectos de que sean los árbitros quienes decidan el nivel de negociación.

Como se puede apreciar, los trece artículos comprendidos en el presente volumen de la *Biblioteca de Arbitraje*, buscan capturar una imagen del escenario que vive el arbitraje en el Perú y sus más variadas expresiones.

Queremos concluir agradeciendo a quienes aceptaron nuestra invitación para escribir en esta obra colectiva, todos ellos distin-

guidos abogados, a los que felicitamos por la calidad de sus trabajos y por el reiterado compromiso que tienen con el arbitraje y con el Perú.

Lima, septiembre del 2010
MARIO CASTILLO FREYRE*

* Mario Castillo Freyre, Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje* y de *Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
EN EL DESARROLLO DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

Ernesto Álvarez Miranda
Carolina Canales Cama

EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN EL DESARROLLO DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

*Ernesto Álvarez Miranda**
*Carolina Canales Cama***

Sumario: 1. Presentación.— 2. El marco constitucional del arbitraje.— 2.1. La constitucionalización de la jurisdicción arbitral.— 2.2. «Debido proceso arbitral».— 3. Evolución del control constitucional sobre la jurisdicción arbitral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.— 4. Propuesta de reforma.— 4.1. Recurso de anulación y control constitucional *ex post*.— 4.2. Amparo arbitral: procedencia y finalidades.

1. PRESENTACIÓN

A finales del siglo XX y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde «jueces particulares», a través de un laudo, gozan de toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y Doctor en Derecho por la Universidad San Martín de Porres.

** Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Alumna de la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional en la Escuela de Graduados de la PUCP. Abogada egresada de la PUCP.

Así, se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo.

El desarrollo de esta institución en el Derecho comparado ha sido significativa en los últimos años. Constituye una necesidad para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición en sede nacional, siendo que en el Perú el arbitraje es obligatorio, según las normas de contratación del Estado, además forma parte de los contratos de inversión suscritos por el Estado y de todos los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos n.ºs 758 y 662. De otro lado, los arbitrajes internacionales vienen incrementándose en un contexto de contratación internacional promovida por la celebración de Tratados de Protección y Promoción de Inversiones con otros países.

En este contexto, el arbitraje es visto con particular interés por empresarios de todo tipo, así como por ciudadanos interesados en resolver las controversias a las que eventualmente puedan confrontar (civiles, laborales), de manera eficiente, flexible y respetuosa de la voluntad de las partes que libremente a él se someten. Aparece atractivo por su grado de reserva y la fundada esperanza que permite cifrar en la rapidez, pues, en general, se prefiere acudir a él en una sola instancia.¹

En ese sentido, por su amplia capacidad de convocatoria, el presente ensayo parte del reconocimiento del arbitraje como un proceso que viene siendo democratizado en el marco de los principios y valores de la constitución económica.

¹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Presentación». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley, 2005, n.º 1, pp. 7-8.

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

2.1. *La constitucionalización de la jurisdicción arbitral*

No existe un solo modo de afrontar los conflictos en toda interrelación subjetiva. Éste puede operar bajo las reglas de la autojusticia, la auto-composición y la heterocomposición. En ese sentido, si vinculamos los modos con las fuentes de regulación del conflicto y el ámbito de actuación, se configuran dos vertientes: la justicia estatal o la justicia privada. En el primer caso, ubicamos al proceso judicial como un instrumento de solución de conflicto; a diferencia de la justicia privada en la que se recurre al manejo directo del conflicto. En este caso, se privilegia el ejercicio de la autonomía privada, siempre que éste pueda ser sometido a la disposición de sus titulares, como la negociación, la conciliación, la mediación y la transacción o delegando facultades a un tercero, para que éste sea quien resuelva el conflicto a través del procedimiento arbitral.²

La Constitución Política de 1993 consagra el principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional en el artículo 139, inciso 1): «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación». En atención a ello, se ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad). De allí que, en sentido estricto, la función jurisdiccional, debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término

² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 25-27.

«jurisdicción» para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringen sus mandatos.

No obstante, si bien es la justicia ordinaria la que resuelve los diversos tipos de conflictos, se acepta la posibilidad de que por razones de carácter especializado o material puedan existir determinadas variantes de jurisdicción dotadas de independencia. Es dentro de este esquema que se encuentran legitimados los fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139), constitucional (artículo 202), y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149); lo que no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.³

En nuestro país, la institución del arbitraje ha sido reconocida constitucionalmente como una jurisdicción⁴ de excepción, a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 (artículo 233, inciso 1). Esta disposición constitucional se ha reproducido, a su vez, en el referido artículo 139, inciso 1).

Sin embargo, el debate en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje es permanente.⁵ Al respecto, debemos partir por establecer que

³ STC n.º 6167-2005-PHC, de fecha 9 de marzo de 2006, CASO CANTUARÍAS SALAVERRY (fundamentos 5 al 7).

⁴ Condiciones que definen la potestad jurisdiccional: (i) Conflicto entre las partes; (ii) Interés social en la composición del conflicto; (iii) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial; y, (iv) Aplicación de la ley o integración del Derecho [STC n.º 0023-2003-AI/TC, de fecha 28 de octubre de 2004, CASO JURISDICCIÓN MILITAR (fundamento 13)].

⁵ «El arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción, pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a ésta y, además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones *de* carácter público. Si así fuera, se quebraría el principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo se

no puede pretender desconocerse el texto expreso de la Constitución, que el Tribunal Constitucional está encargado de tutelar. Lo cual tiene importante implicancia sobre la fuente misma de legitimación de los árbitros para resolver, de manera definitiva, las controversias sometidas a su conocimiento. En abstracto, esta legitimación proviene de la voluntad general plasmada por el constituyente en las Cartas de 1979 y 1993; mientras que en el marco de una determinada controversia es el principio de autonomía de la voluntad de los privados, previsto en el artículo 2, inciso 24-a, de la Constitución, el elemento que legitima la intervención de los árbitros en la resolución del conflicto.⁶

Dentro de esta opción mixta o ecléctica, a favor de una naturaleza jurídica propia que conjuga las características de la teoría contractualista y de la teoría jurisdiccionalista del arbitraje,⁷ por encontrar cada una de ellas fundamento en el orden marco constitucional. Para el ordenamiento constitucional peruano la legitimación del arbitraje proviene de un acuerdo expreso, es decir, de un contrato celebrado entre las partes y el tercero al que éstas acuden libremente, siendo el objeto del contrato o convenio arbitral la solución de un conflicto determinado; no obstante, la *auctoritas* del árbitro no se agota en un iónico ejercicio de su función que finaliza con el laudo o decisión arbitral, sino que se debe a una auténtica *iuris dictio* que forma parte esencial del orden público constitucional. Especificidad del arbitraje peruano que lo diferencia de otros sistemas jurídicos en los cuales no se puede considerar que el arbitraje es o puede ser una manifestación de potestad jurisdiccional.⁸

postula ello». [MONROY PALACIOS, Juan José. «Arbitraje, jurisdicción y proceso». En *Arbitraje on line*. Lima, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2006, año IV, n.º 7].

⁶ LANDA, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thémis*. Lima, diciembre 2007, n.º 53, p. 31.

⁷ CANTUARIAS, Fernando y Manuel ARAMBURÚ. «El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras». Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 44-45.

⁸ Por ejemplo, en España a partir de lo señalado en el Título VI de la Constitución, y en concreto el artículo 117.5 [MARÍN GÁMEZ, José Ángel. «Aproximación a la

Por tanto, es posible concluir que el arbitraje no trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al Derecho privado. De lo cual se desprende que debiendo *prima facie* proteger los intereses de las partes, también se encuentra vinculada al respeto de la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta en el artículo 51 de la Carta Magna. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por las leyes especiales sobre la materia,⁹ sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales.

Todo lo cual determina que la constitucionalización de la jurisdicción arbitral, no representa un perjuicio en su funcionamiento, o implica la traslación de los vicios propios de la justicia ordinaria. La importancia de esta consagración a nivel constitucional se deriva en la garantía como opción resolutoria de conflictos, asegurando que las competencias conferidas se encuentren debidamente garantizadas a efectos de que no sólo se desenvuelvan con eficiencia, sino que tengan el respaldo del sistema constitucional para ser ejecutadas. Es por ello que el constituyente la considera independiente, como una forma de consolidar su importancia a la par de su propia entidad del resto de variantes jurisdiccionales. De esta forma es que podremos asegurar que el arbitraje siga afirmando su buena marcha.

2.2. «Debido proceso arbitral»

Ahora bien y en este punto, afirmadas las cuestiones de base en torno a la consagración constitucional, se debe discutir la constricción del

problemática jurídico-constitucional del Arbitraje». En *Derecho Privado y Constitución*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero-diciembre 2002, año 16, pp. 223-257].

⁹ La norma vigente es el *Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje*, publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 28 de junio de 2008, que en su Única Disposición Derogatoria, dispone que se derogue la *Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje*.

arbitraje a lo jurídico privado en relación al derecho fundamental al debido proceso.

El carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje en el ámbito de la libre disposición de materias, supone hacer disponible la cuestión litigiosa, es decir, equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición. Bien, es cierto que en el momento presente no es posible conceptuar de modo absoluto al arbitraje como un derecho fundamental, pero tampoco pasa desapercibido al legislador el entronque constitucional del arbitraje en la autonomía de la voluntad de las partes.

El valor que significa toda decisión solutoria de conflictos adoptada según las reglas del arbitraje de derecho y equidad, como solución alternativa a la vía judicial, es seguramente el mayor valor con que cuenta esta fórmula singular de ventilar conflictos que se hallen bajo el poder de disposición de los sujetos. Claro está que el sometimiento arbitral plasmado en el compromiso arbitral no tiene por qué representar renuncia alguna a ningún derecho que contraríe el orden público, entre ellos el derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución, que es un derecho cuyo contenido esencial no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta sobre todo órgano público o privado que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales.

En consecuencia, es claro que las exigencias de respeto y protección del debido proceso vinculan a los árbitros y tribunales arbitrales en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. No obstante, siendo el debido proceso un derecho fundamental de contenido amplio, es pertinente precisar que sólo algunas de sus manifestaciones serán susceptibles de ser invocadas en sede arbitral siempre que sean compatibles con la naturaleza y fines de dicha institución, las mismas que deben ser interpretadas de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, según el cual «la defensa de la persona

humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

Llegados a este punto, recogiendo lo establecido por el Profesor Landa, será de utilidad abordar las garantías que integran el derecho al «debido proceso arbitral».¹⁰

Derecho de acceso a la jurisdicción arbitral. Este derecho parte de reconocer el principio de autonomía de la voluntad de los privados, en virtud del cual los particulares están facultados para suscribir un convenio arbitral con el objeto de sustraer sus controversias de la justicia ordinaria y someterlas a la jurisdicción arbitral, siempre que éstas versen sobre materias de carácter disponible por las partes.

Asimismo, implica que el convenio arbitral surte efectos desde el momento mismo de su suscripción, impidiendo que las materias sometidas a arbitraje sean discutidas en el Poder Judicial, salvo que las partes hubieran decidido renunciar expresa o tácitamente al arbitraje.

Derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o Tribunal Arbitral imparcial. El que los árbitros no representen los intereses de ninguna de las partes, aun cuando hayan sido designados por alguna de ellas constituye una de las mínimas garantías que debe ser respetada para que el proceso arbitral pueda tener calidad de debido. Esta exigencia se hace efectiva a través del instituto de la recusación y del deber de informar que se atribuye a los árbitros.

El derecho a la igualdad sustancial en el proceso. En virtud de este derecho, el proceso arbitral debe garantizar la paridad de condiciones entre las partes. Ello, en función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 2, inciso 2) de la Constitución.

¹⁰ LANDA, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thémis*. Lima, diciembre 2007, n.º 53, pp. 40-42.

Derecho de defensa. Si bien este derecho deriva del artículo 139, inciso 14), de la Constitución, referido al derecho de toda persona de tomar inmediato conocimiento de la acusación policial, fiscal o judicial y a defenderse mediante la asistencia de un abogado, en el caso particular del arbitraje se orienta a dar a las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos en el marco de un proceso arbitral.

Derecho a probar. Se trata de un derecho básico de los justiciables que los faculta a producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa.

Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia.

En el caso particular del arbitraje, los árbitros tienen facultad para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas (artículo 43, inciso 1) del Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje). Esta facultad debe ser ejercida de conformidad con el derecho a probar de las partes y, en caso los árbitros resuelvan prescindir de algún medio probatorio que no hubiera sido actuado en el proceso, su decisión deberá ser motivada.

Derecho a la adecuada motivación de las resoluciones arbitrales. El derecho a obtener una resolución motivada es uno de los principios que informa el ejercicio de la función jurisdiccional.

La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potes-

tad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables.

En tal medida, consideramos que el derecho a la adecuada motivación de las resoluciones forma parte del contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral, puesto que asegura que la actuación de los árbitros se lleve a cabo de manera regular, de conformidad con la Constitución y respetando la plena vigencia de los derechos fundamentales de las partes en conflicto.

Derecho a la ejecución de laudos arbitrales. Este derecho busca garantizar que lo decidido por el árbitro o Tribunal Arbitral tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una simple declaración de intenciones.

Atendiendo al hecho de que el laudo no podrá ser ejecutado por el propio árbitro o Tribunal Arbitral, será preciso equiparar la eficacia del laudo arbitral al de una sentencia judicial, siendo de aplicación el artículo 139, inciso 2 de la Constitución cuando señala que: «[...] ninguna autoridad puede [...] dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada [...] ni retardar su ejecución.

En consecuencia, el laudo arbitral es de obligatorio cumplimiento para las partes y, en caso de incumplimiento, se podrá demandar su ejecución ante el Juez Civil del lugar de la sede del arbitraje, sin que sea posible para el juez admitir otra oposición que la que se sustente en la existencia de un recurso de anulación de laudo arbitral en trámite.

3. EVOLUCIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, parte de una lectura *iuspublicista* de la jurisdicción arbitral, para compren-

der su carácter privado, ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.¹¹

En torno a la perspectiva del control constitucional sobre las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral no es desconocida ni mucho menos reciente para el Tribunal Constitucional. La primera vez que se sometió a discusión es el Caso Pesquera Rodga S.A. [STC n.º 0189-1999-AA de fecha 16 de febrero de 2000], en el cual se interpone demanda de amparo contra los miembros de un Tribunal Arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (CEARCO PERÚ). En aquella oportunidad, se dejó establecido que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes, tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, no existe razón que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento.

Aunque los criterios por entonces establecidos respondían directamente al estado de la jurisprudencia del momento en materia de control constitucional de las resoluciones judiciales (vulneración de un derecho procesal con rango constitucional —debido proceso o tutela judicial efectiva—, o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales), se aceptó la posibilidad de habilitar el denominado *amparo arbitral*. Por consiguiente, en dicho modelo, tratándose de una demanda promovida contra una resolución emanada de un procedimiento arbitral «regular» o, lo que es lo mismo, respetuoso del debido proceso y la tutela judicial efectiva, la misma deberá desestimarse.

¹¹ STC n.º 6167-2005-PHC, de fecha 9 de marzo de 2006, CASO CANTUARIAS SALAVERRY (fundamento 11).

El criterio referido determinó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y encontró respaldo en la Ley n.º 27053 de fecha 19 de enero de 1999, que modificando el artículo 6, inciso 2) de la entonces vigente *Ley de Hábeas Corpus y Amparo n.º 23506*, que estableció la improcedencia de las acciones de garantía «Contra resolución judicial o arbitral emanadas de procedimiento regular», lo que *contrario sensu*, significaba que si el procedimiento (sea éste judicial o arbitral) devenía en irregular, quedaba habilitado el control constitucional.

Una segunda etapa se encuentra determinada por el Caso Cantuarias Salaverry [STC n.º 6167-2005-PHC de fecha 9 de marzo de 2006], en el cual el Pleno del Tribunal se decantará a favor del control constitucional de las decisiones arbitrales, pero atendiendo los siguientes criterios:

- La jurisdicción arbitral, si bien dotada de garantías de autonomía de su desenvolvimiento, se encuentra vinculada al respeto de los derechos fundamentales, en particular (aunque no exclusivamente), a aquéllos que informan el debido proceso.
- Puede cuestionarse las decisiones de la jurisdicción arbitral, tanto judicialmente como acudiendo a los procesos constitucionalmente. El control judicial debe ser ejercido *ex post*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo, previstos en la Ley General de Arbitraje.¹² El control constitucional se sujeta a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, precisándose que si lo que se cuestiona es un laudo que verse sobre materias o derechos de carácter disponible, debe agotarse previamente los recursos que franquea la Ley General de Arbitraje.
- El control constitucional de los laudos arbitrales procede no solamente si se vulneran los derechos constitucionales, sino también cuando se advierte incumplimiento a la doctrina jurisprudencial

¹² Ver nota 5.

vinculante o a los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo establecido en los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Posteriormente en el Caso Corporación Meier [STC n.º 4972-2006-PA de fecha 18 de octubre de 2007], el Tribunal volvería a pronunciarse sobre el tema ampliando algunos conceptos, en torno a la procedencia del control constitucional de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral, cuando: a) El laudo arbitral vulnera o amenaza la tutela procesal efectiva (dimensiones formal y material); b) La jurisdicción arbitral ha sido impuesta compulsivamente; y, c) A pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre la que ha de decidirse, tienen carácter indisponible o no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna.

Por último, cabe referir el Caso Proime [STC n.º 4195-2006-PA de fecha 10 de abril de 2008], que determina cinco reglas en materia de control sobre la jurisdicción arbitral:

- El amparo no procederá respecto de actuaciones previas a la expedición del laudo, por lo que en tales supuestos habrá que esperar la culminación del proceso arbitral.
- Deberá agotarse la vía previa tras haber culminado el proceso arbitral, siempre y cuando sean pertinentes los recursos de apelación o anulación.
- El amparo no procede siempre y cuando se cuestionen las interpretaciones que el Tribunal Arbitral realice en torno a la ley, a menos que con tales interpretaciones se desprenda una vulneración manifiesta a la tutela procesal efectiva y al debido proceso.
- La valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje son exclusiva competencia de la jurisdicción arbi-

tral, a menos que se advierta una manifiesta arbitrariedad en dicho proceder.

- Las vulneraciones a los derechos que se alegan producidos deberán acreditarse de manera objetiva y específica, debiéndose precisar en que ha consistido la denunciada irregularidad, así como el documento o pieza procesal en el que se constata dicha vulneración.

Del análisis efectuado en torno a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desprende que el tratamiento del control constitucional respecto de las decisiones emitidas por la jurisdicción arbitral ha ido evolucionando en el transcurso del tiempo, siendo afianzado con distinta intensidad. En todo caso, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.

4. PROPUESTA DE REFORMA

4.1. Recurso de anulación y control constitucional ex post

La garantía de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo 139 constitucional, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluida autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a

avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

Es por tal motivo que se ha consagrado a nivel de la regulación especial el principio de la *kompetenz-kompetenz* previsto en el artículo 40 del Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje, que señala que el tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

Lo que reviste especial trascendencia en la configuración del modelo jurisdiccional y de la actuación de los jueces ordinarios. De esta forma se evita que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de otras jurisdicciones, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

En dicho sentido, el Supremo Intérprete de la Constitución ha reconocido la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral,¹³ sobre materias de carácter disponible, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen (artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1071), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.

Lo expuesto no impide que, posteriormente, se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a

¹³ STC n.º 6167-2005-PHC, de fecha 9 de marzo de 2006, CASO CANTUARIAS SALAVERRY (fundamento 14).

las reglas del Código Procesal Constitucional. La forma cómo debe operar este control constitucional ha sido materia de diversos desarrollos en la jurisprudencia constitucional. No obstante, a través del presente ensayo, nos permitiremos realizar una propuesta actualizada al respecto, de forma que se garantice la optimización de los bienes constitucionales comprometidos en el adecuado funcionamiento de la jurisdicción arbitral a la luz del orden público constitucional y los derechos fundamentales de los justiciables.

Al respecto, resulta pertinente precisar que el proceso de amparo a la luz del modelo procesal del Código Constitucional adjetivo vigente, es de carácter subsidiario o residual.

En efecto, afirmar que el amparo es un proceso residual, conforme a la regulación dispensada por el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, significa que la demanda planteada en esta vía resultará improcedente si es posible obtener una tutela *igualmente efectiva* en la vía procesal ordinaria. Ello sólo sucederá si el tránsito por la vía ordinaria no acarrea el riesgo razonablemente probable de que el daño producido o por producirse en la esfera subjetiva del demandante se torne irreparable.

Siendo la finalidad del proceso de amparo (y la de todo proceso constitucional *de la libertad*), proteger los derechos constitucionales «reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional» (artículo 1 del Código Procesal Constitucional), la vía procesal ordinaria sólo podría considerarse «igualmente satisfactoria» al amparo en la medida de que se encuentre en capacidad de alcanzar de modo efectivo esta misma finalidad. Es la consecución efectiva de este objetivo el único sentido de «reparación» que resulta relevante en el ámbito de los procesos constitucionales.

La configuración legal del proceso constitucional de amparo como un proceso de urgencia, hace del Poder Judicial el órgano encargado, por antonomasia, de la protección de los derechos fundamentales. En

esa medida, bien puede sostenerse que, cuando menos desde un punto de vista subjetivo (interés del demandante), la residualidad del amparo hace de los jueces del Poder Judicial la primera y más importante línea de defensa de los derechos fundamentales, o, por así decirlo, sus guardianes naturales. Mientras que, en materia de procesos de amparo, merced de la residualidad, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución (artículos 201 y 202 de la Constitución y 1 de su Ley Orgánica —Ley n.º 28301—), pasa a cumplir una función fundamentalmente (aunque no solamente) objetiva, orientada a la delimitación y adecuada interpretación del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales en circunstancias en las que esta interpretación haya sido realizada de modo indebido en sede del Poder Judicial o en el caso de derechos que no hayan merecido mayor desarrollo jurisprudencial y que, en esa medida, requieran de la intervención integradora de este Colegiado en aras de asegurar su aplicación predecible por parte del Poder Jurisdiccional.

Empero, en el modelo de control constitucional arbitral actualmente existente no parece haberse afianzado dicho cambio en la configuración del amparo. En efecto, aun cuando uno de los criterios que actualmente existe, es el de considerar que la procedencia del amparo arbitral se condiciona al agotamiento de las vías previas,¹⁴ no parece ser éste el razonamiento más pertinente. Al haberse previsto en el

¹⁴ STC n.º 6167-2005-PHC de fecha 9 de marzo de 2006, CASO CANTUARIAS SALAVERRY (fundamento 14): «El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir, que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado Código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo».

Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (artículo 62) como fórmula *ex post*, no puede significar que tal vía procesal ordinaria sea parte del proceso arbitral. Qué duda cabe, aquélla representa una «vía procesal específica, igualmente satisfactoria» al amparo, cuando de la defensa de los derechos constitucionales se trata; y no una vía previa, es decir, de una instancia anterior al proceso constitucional.

Lo contrario implicaría el equívoco de reconducir al arbitraje a una instancia dentro de un proceso, que sólo se ve consolidado con la resolución judicial recaída en vía de anulación.

Ahora bien, evidentemente, que un proceso sea capaz de dispensar una tutela de urgencia para la protección de los derechos fundamentales que puedan encontrarse comprometidos en términos igualmente o más satisfactorios que el de amparo, no es una cuestión que quede condicionada a un análisis simplemente nominal o de consagración positiva. En otras palabras, que respecto al proceso regulado en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje, resulta menester analizar para tener mejores elementos de juicio sobre su efectiva potencialidad en la protección del derecho concernido.

Así, resulta posible que mediante el recurso de anulación de laudo se reviertan los efectos del pronunciamiento arbitral, en los casos en los que el mismo involucre la afectación de derechos fundamentales. En tales circunstancias, quien acuda al mismo, debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo en el ámbito arbitral, sin que por otra parte sea posible *a posteriori* acudir ordinariamente al proceso constitucional.

4.2. Amparo arbitral: procedencia y finalidades

Este cambio planteado en la naturaleza del recurso de anulación de laudo, no significa que el amparo arbitral vaya a desaparecer. Se trata, de reconocer al arbitraje su condición de jurisdicción especialísima y extraordinaria, constitucionalizada a la par que el fuero militar y poli-

cial, lo que no la exonera del control constitucional, pero que obliga a que éste se ejerza bajo supuestos diferentes que en la jurisdicción ordinaria, disminuyendo su nivel de intensidad, en consideración de la finalidad primordial de la institución del arbitraje que no es otra que encontrar una solución a un conflicto de manera rápida y eficiente. De otro lado, otorgar al amparo su real naturaleza a la luz del Código Procesal Constitucional vigente, que es la de un mecanismo corrector excepcional, para la tutela del orden público constitucional en los supuestos de afectación directa y manifiesta de la doctrina constitucional vinculante del Tribunal Constitucional, tal como será desarrollado en la parte conclusiva del presente estudio.

En este orden de ideas, se hace necesario adecuar la jurisprudencia vinculante del Caso Cantuarias Salaverry, a la afortunada evolución de la institución del arbitraje como mecanismo eficaz para la solución de conflictos.

De lo contrario, el Tribunal, para no afectar lo que debe ser su línea de respeto por las controversias de fondo, no podría sustituirse a los jueces arbitrales (y aun a los jueces de la justicia ordinaria o privativa) al determinar cómo deben fallar en los asuntos que sólo a ellos les corresponden. Ello supondría, convertir el proceso constitucional en una suprainstancia casatoria capaz de desarticular por completo el principio de la cosa juzgada, ignorando que es más bien su obligación el preservarlo por ser un componente vital en la existencia de todo Estado constitucional de Derecho.

Por lo demás, el resto de criterios que venían existiendo en materia de control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, resultarán pertinentes en tanto no se opongan al carácter residual del amparo arbitral señalado. Para lo cual es posible establecer las siguientes reglas de procedencia:

- (i) Sólo deberá proceder el amparo arbitral en los casos en los que no exista para la tutela de los derechos constitucionales invocados, una vía procedimental igualmente satisfactoria. Entiéndase por esta

última al recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje (en su caso, por razones de aplicación en el tiempo de normas, para aquellos procesos sujetos a la derogada Ley General de Arbitraje, los recursos de apelación y nulidad).

- (ii) De acuerdo a lo previsto en el artículo 64 del Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje, el trámite del recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo, con excepción de los casos de solicitud de rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, en los cuales el plazo empieza a correr desde la notificación de la última decisión sobre estas cuestiones o una vez transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

Al respecto, nos permitimos simplemente comentar que los plazos previstos en la ley para la tramitación de ambas instancias no resultan expeditivos, por el contrario terminan por afectar los intereses subjetivos comprometidos en el derecho declarado por el tribunal arbitral, a manera de verdad legal. Pues, por mandato constitucional las garantías procesales han sido aseguradas y afianzadas en el proceso arbitral, no podría extenderse presunción en contra. En ese sentido, consideramos que el control judicial vía anulación debería realizarse en instancia única ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como un proceso especial.

- (iii) Debe proceder el amparo arbitral, entendido ya de manera restrictiva, únicamente bajo la forma de *Amparo contra Resolución Judicial* cuando exista vulneración directa o frontal del artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, por

el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; y, de otro lado, también a los precedentes vinculantes con efectos normativos del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; y los demás supuestos previstos en la jurisprudencia constitucional del Tribunal para el amparo contra resolución judicial.

- (iv) Mediante este proceso de amparo no se podrá cuestionar lo resuelto sobre el fondo del laudo arbitral, debiéndose limitar a resolver lo referido a la tutela de los derechos fundamentales que pueden haberse visto lesionados durante la tramitación del proceso judicial referido.

En ese sentido, la admisión a trámite del amparo que cuestione la resolución judicial recaída en el proceso de anulación de laudo arbitral sólo procede cuando:

- a) Exista resolución judicial firme.
- b) Exista vulneración manifiesta.
- c) Y que dicha vulneración sea contra la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

De dicho canon interpretativo, se desprende que la injerencia del juez constitucional debe verse limitada por un examen de razonabilidad, con un criterio más restrictivo que el aplicable a las resoluciones judiciales recaídas en los procesos ordinarios, respetando así la naturaleza expeditiva del arbitraje que requiere que las vías jurisdiccionales previstas no actúen como remedio procesal que vuelvan a reproducir una controversia resuelta.

La exigencia de una especial autolimitación del Tribunal, deviene como una necesidad a partir de la constatación que el uso de los procesos constitucionales, particularmente el amparo, muchas veces ha devenido en abuso, como consecuencia de la maliciosa praxis procesal de

algunos abogados. En ello reside nuestra especial preocupación, de que el proceso arbitral no se vea perturbado, desnaturalizado o paralizado por la decisión arbitraria de un juez que actúe deslealmente a los deberes constitucionales que lo vinculan, como consecuencia de la interposición indebida de una demanda de amparo, por ejemplo. Por ello, entre la necesidad de salvaguardar la vigencia y respeto de los derechos fundamentales y el deber del Estado de asegurar una justicia eficaz a los particulares que acuden al arbitraje, es que se hace necesario interpretar que cuando se trate de resoluciones provenientes del referido proceso de anulación, los actos lesivos invocados deberán ser evidentes y manifiestos.

En dicho sentido, al Tribunal Constitucional no le corresponde pronunciarse sobre interpretaciones de la legalidad cuando no dependa de ellas, de manera directa, la realización del derecho fundamental demandado.

De esta forma, se trata en última instancia de asegurar que el arbitraje continúe consolidándose como una práctica respetada y prestigiada, enmarcada dentro del ámbito de la justicia y la equidad.

Lima, abril del 2010

LA INEVITABILIDAD DE LA ARBITRABILIDAD
DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Juan José Pérez-Rosas Pons

LA INEVITABILIDAD DE LA ARBITRABILIDAD
DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*Juan José Pérez-Rosas Pons**

Uno de la multitud le dijo: «Maestro, dile a mi hermano que comparta conmigo la herencia». Jesús le respondió: «Amigo, ¿quién me ha constituido juez o árbitro entre ustedes?». Después les dijo: «Cuídense de toda avaricia, porque aun en medio de la abundancia, la vida de un hombre no está asegurada por sus riquezas».¹

Sumario: 1. Marco jurídico.— 2. La especialidad en el arbitraje administrativo en contrataciones del Estado.— 3. Materia controvertida conforme el marco jurídico sub análisis y libertad para establecer el tipo de arbitraje.

Desde ya, las disculpas anticipadas por el título del presente trabajo que en realidad se asemeja más a un «trabalenguas» que a un artículo sobre arbitraje, pero lo hemos considerado necesario y pertinente en virtud a lo que a continuación detallaremos.

Hace algunas semanas con motivo del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo realizado en la ciudad de Lima, se publicaron las ponencias y artículos relacionados con el referido evento y nos llamó la atención un trabajo titulado «La nulidad del contrato administrativo por la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad. Algunos apuntes sobre su (inviabile) revisión en la vía arbitral».²

* Socio de Arenas, Pérez-Rosas & Romero Consultores. Miembro del Círculo Peruano de Arbitraje.

¹ LA BIBLIA. Lucas 12:13-12:15.

² RUBIO SALCEDO, César R. «La nulidad del contrato administrativo por la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad. Algunos apuntes sobre su (inviabile)

A nuestro criterio, dicho artículo parte de premisas erróneas y, como consecuencia de ello, por simple lógica, las consecuencias también son erradas.

El citado autor, comienza su análisis advirtiendo que la nulidad del contrato en el régimen de contratación estatal se encuentra conformado principalmente por la Ley de Contrataciones del Estado peruano aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, así como su revisión en la vía arbitral, comparándolo con la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado para determinar la comisión de infracciones, esencialmente, la presentación de documentación falsa e/o inexacta.³

Además de ello, concluye que el Tribunal de Contrataciones del Estado (ente administrativo), en ejercicio de la potestad sancionadora que ostenta, tiene la competencia necesaria para conocer las controversias derivadas de la trasgresión al principio de presunción de veracidad (que constituye una infracción administrativa), inclusive si se ha suscrito el contrato y determinar si efectivamente se ha trasgredido dicho principio; agrega, que dicho órgano colegiado tiene la experiencia suficiente para desarrollar de manera eficiente dicha atribución.

Finalmente, menciona que los costos en los que incurrirá el afectado en una u otra vía variarán sustancialmente, siendo mucho menos costoso acudir al procedimiento administrativo que acudir a la vía arbitral.

Las premisas erradas que hemos podido identificar son las siguientes:

revisión en la vía arbitral». En *Modernizando el Estado para un país mejor*. IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima: Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 761-780.

³ *Op. cit.*, p. 761.

Primero: Se inicia a partir de la inviabilidad (tal como sostiene el título) de la arbitrabilidad de la nulidad de los contratos administrativos.

Al parecer, el autor ha olvidado que un contrato administrativo, no sólo deriva de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sin embargo, podemos sostener, bajo esta perspectiva, que en este caso nos encontramos ante una forma o tipo puntual de *arbitraje administrativo*, que también supone la existencia de una *competencia arbitral especializada*.⁴ Lo que en conjunto se distingue claramente del arbitraje comercial privado, pero también se ubica armónicamente entre la legislación contenida en el marco normativo de contrataciones y en forma paralela a las cerca de sesenta normas legales sobre arbitraje que actualmente comprende el sistema jurídico peruano.⁵

Siendo ello así, podemos distinguir, que la nulidad del contrato administrativo, no sólo se enmarca dentro de la Ley de Contrataciones y su Reglamento, sino que podría, válidamente, determinarse la nulidad de otros contratos, por ejemplo, dentro del régimen de concesiones, regulado por su propia normativa.

⁴ Desde la promulgación de la anterior Ley General de Arbitraje peruana, Ley n.º 26572 (derogada por el Decreto Legislativo n.º 1071), se han registrado en nuestro país la promulgación de cerca de sesenta normas legales de diverso rango, que regulan el arbitraje y la conciliación especializados en dieciséis sectores normativos tan diversos como transporte, salud, telecomunicaciones, saneamiento, formalización de la propiedad, bolsa de valores, bolsa de productos, energía, contrataciones y adquisiciones, etc. Para un análisis detallado, revisar: RUBIO GUERRERO, Roger. «Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú». Tesis optada para obtener el título de Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, pp. 167-174.

⁵ Conviene destacar que la proliferación de competencias arbitrales en el Perú registrada a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, junto al fenómeno de promulgación de normas arbitrales de diverso rango, constituyen parte de las bases para argumentar con fundamento a favor de la necesidad de considerar al arbitraje como una institución jurídica autónoma, que tiene la particularidad de extenderse transversalmente a diversos ámbitos normativos y económicos, confirmando así una marcada tendencia hacia la sofisticación y especialización.

En tal sentido, no se puede partir de dicho análisis, a partir de una sola ley especial que regula sólo un régimen, de los tantos que existen, de contratación administrativa.

Segundo: El autor sostiene que, la potestad sancionadora corresponde al Tribunal de Contrataciones y que, es a todas luces, una facultad administrativa del Estado; y, dada su naturaleza exclusiva e indelegable, no resulta jurídicamente conveniente que la declaración de nulidad del contrato sea revisable a través de la vía arbitral.

Coincidimos en que la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones, a un proveedor o contratista que incumple un contrato, sea al momento de suscribirlo (presentando documentación falsa o inexacta) o durante su ejecución, corresponde a una facultad administrativa del Estado.

Sin embargo, al parecer se ha obviado que un tribunal arbitral no puede sancionar a un proveedor o contratista, es más, dicho hecho jamás se cuestiona en la vía arbitral, puesto que, como señala el autor, la potestad sancionadora es una prerrogativa o manifestación de *ius imperium* que la legislación delega exclusivamente al Estado.

Lo que se discute en la vía arbitral, es si efectivamente hubo algún incumplimiento contractual o, si efectivamente, se presentó documentación falsa o inexacta para la suscripción del contrato.

Tercero: Se señala que el Tribunal de Contrataciones tiene la experiencia necesaria para determinar si se presentó o no documentación falsa o inexacta, cuestión que no dudamos; sin embargo, ¿qué ocurre, si el tribunal determina que no se presentó documentación falsa o inexacta y la entidad declaró la nulidad del contrato alegando dicha causal?

El autor ha propuesto que se elimine la nulidad dentro de las materias arbitrables en la Ley de Contrataciones y su Reglamento.

Bajo esa lógica, al proveedor o contratista únicamente le quedaría la vía judicial para reclamar daños y perjuicios, en virtud, a que se declaró la nulidad de un contrato sin tener razones suficientes para hacerlo, es decir, un proceso de conocimiento, que resulta ser el más largo y oneroso dentro de los procesos que se ventilan en el Poder Judicial.

Por otro lado, la entidad, que por obvias razones no estaría de acuerdo con la decisión del Tribunal de Contrataciones, tendría que cuestionar la resolución, en un proceso contencioso administrativo.

Nuevamente, nos encontramos ante premisas erradas que lo único que hacen es perjudicar al sistema de contratación pública.

Cuarto: Se señala que un procedimiento administrativo es menos oneroso que un procedimiento arbitral e, inclusive, a manera de ejemplo se cita la Tabla de Aranceles del Sistema Nacional de Arbitraje para así demostrar la teoría.

Al respecto, también discrepamos, puesto que tal como hemos señalado en el numeral precedente, ambas partes recurrirían a la vía judicial, una para solicitar una indemnización por daños y perjuicios (el proveedor) y el otro para cuestionar la decisión del Tribunal de Contrataciones (entidad); obviamente, si se resolvió que no hay lugar para la imposición de sanción, en virtud de haberse demostrado que no se presentó documentación falsa o inexacta.

Al parecer, se ha olvidado que los gastos incluyen, además de los propios de un proceso arbitral (honorarios de los árbitros y secretaría, pago de abogados, etc.), la demora del proceso mismo y que, en estos momentos, las partes en controversia necesitan que las mismas sean resueltas de manera rápida, no mereciendo gastar en abogados mientras duren los procesos judiciales, señalados en los párrafos precedentes; dichos procesos, generan, al final, un gasto mayor al Estado y a los propios proveedores.

Señalado esto, para una introducción al lector, en el régimen de contratación pública peruano, todas las controversias que surjan entre las partes (entiéndase entidad contratante y proveedor o contratista) se resuelven de manera facultativa por conciliación y, de manera obligatoria por arbitraje, con excepción de la aprobación o no, de la ejecución de prestaciones adicionales (artículo 41 de la Ley de Contrataciones).

1. MARCO JURÍDICO

Las contrataciones y adquisiciones del Estado peruano se encuentran reguladas desde el año 1998 por un régimen jurídico uniforme, recogido en la Ley n.º 26850 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 039-98-PCM, además de las respectivas normas modificatorias y complementarias. Quedó entonces constituido desde el año 1998 el marco normativo correspondiente. Dentro de este marco normativo de Derecho Público y, por ende, de Derecho Administrativo, las vías arbitral y conciliatoria, han sido instauradas legalmente, como vías necesarias para la solución de controversias suscitadas en la etapa de ejecución de los contratos.

La conciliación o el arbitraje sustituyen o excluyen por mandato legal a las vías administrativa y judicial. Éstas se encuentran reservadas solamente para la etapa selectiva⁶ y para resolver las controversias que en esta etapa se generen. El artículo 52 de Ley de Contrataciones y Adquisiciones; en adelante: la ley, establece que:

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo

⁶ Para un análisis jurídico detallado de las etapas y demás características del contrato y su formación, conviene revisar: DROMI, Roberto. *La licitación pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985. Una versión reciente de la misma obra puede encontrarse en Editorial Ciudad Argentina, 1999.

de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del Derecho.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en Derecho Administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y demás aspectos de la composición del tribunal arbitral serán regulados en el Reglamento.

Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, encontrándose sujetos a lo establecido en el Código de Ética que aprueba el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Los árbitros que incumplan con esta obligación serán sancionados en aplicación del Reglamento y el Código de Ética. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato y tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el primer párrafo del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se podrá establecer que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación.

El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiendo ser remitido por el árbitro único o Tribunal Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), dentro del plazo establecido por el Reglamento. Cuando corresponda, el Tribunal de Contrataciones del Estado impon-

drá sanciones económicas en caso de incumplimiento en la remisión de laudo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia, debiendo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) disponer la publicación de los laudos y actas, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo.

Asimismo, los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento.

En consecuencia, actualmente existe una clara línea divisoria en materia de solución de controversias en esta Ley Administrativa.⁷ Por un lado están los medios que se aplican en la etapa selectiva, donde la vía de solución de controversias es la administrativa y eventualmente la judicial, existiendo la posibilidad de iniciar una acción contencioso-administrativa e incluso una acción de amparo y, por otro lado, están los medios de solución de las controversias suscitadas en la etapa de ejecución contractual, aplicables desde la suscripción del contrato y hasta que quede consentida la liquidación o conformidad correspondientes y pagos que resulten de las mismas, en cumplimiento de las reglas de conclusión del contrato.

En este último caso, el marco normativo administrativo de contrataciones y adquisiciones, en adelante, «marco normativo o marco normativo sub análisis», otorga cabida a la conciliación y al arbitraje administrativo en materia de contrataciones y adquisiciones, siendo este último medio de solución de controversias al que nos referiremos a partir de ahora, nominándolo simplemente como arbitraje administrativo y analizándolo en el contexto del ámbito de acción de la Admi-

⁷ El concepto doctrinario de Ley Administrativa se encuentra explicado con precisión por Manuel María Díez, quien lo hace con base en el principio de especialidad y tomando en cuenta que las leyes administrativas se deben de clasificar por su contenido y atendiendo a que el bien jurídico que estas leyes tutelan, es el interés público. *Cfr.* Díez, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1985, pp. 317 y ss.

nistración Pública. Para nuestra sustentación, en lo referente al ámbito público y sus implicancias, recogemos *ab initio* lo que precisan García de Enterría y Fernández:

Por lo pronto, hay que decir que el Derecho Administrativo es un Derecho Público, del que constituye una de sus ramas más importantes. Siendo la Administración Pública la única personificación interna del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos (en tanto que las funciones no administrativas del Estado son de actuación intermitente y, o bien no se expresan en un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos, o cuando esto ocurre, tales relaciones afectan sólo a contados y excepcionales sujetos), es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público del Estado por excelencia.⁸

Procederemos a continuación al análisis, con la finalidad de aclarar los alcances del arbitraje administrativo y para demostrar que éste no colisiona con la concepción jurídica del arbitraje previsto en la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071 y más bien, armoniza perfectamente con ésta.

El marco normativo sub análisis, reiteramos, es de Derecho Público. Como tal, se refiere al Estado en sí y a las relaciones de éste con los particulares, lo que alienta la necesidad de comprender integralmente su especial configuración, haciéndolo en consonancia con los fines e intereses públicos subyacentes.

Abundando en lo expuesto, conviene citar nuevamente a María Diez, cuando precisa que la Ley Administrativa puede ser de relación o de organización y acción administrativa:

Las leyes administrativas se clasifican teniendo en cuenta su contenido. Hay normas de relación y normas de organización y acción administrativa. Las normas de relación son aquellas que se dictan para delimitar las esferas jurídicas subjetivas de la administración y de los particulares. Son

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo 1*. Madrid: Editorial Civitas, 1986, pp. 38-39.

leyes que atribuyen a veces poderes jurídicos y facultades a la administración pública, pero también son las que vienen a proteger directamente las situaciones jurídicas de los particulares, convirtiéndolas en derechos subjetivos oponibles frente al Estado. En lo que se refiere a las normas de organización y acción administrativa, son aquellas que determinan, por una parte, la estructura orgánica de la administración pública, y por otra, los fines propios que la administración ha de perseguir con su actuación y el modo y forma como esto debe realizarse. Estas normas no se dictan para garantía de los derechos subjetivos de los particulares, sino para la tutela del interés público.⁹

En consecuencia, el *marco normativo sub análisis* se ajusta a lo que precisa la doctrina antes citada y regla los actos de las personas jurídicas o naturales, cuando se desenvuelven dentro del interés general.

De donde fluye la necesidad de plantear acá un enfático deslinde con el Derecho Privado,¹⁰ atendiendo a la especialidad y especificidad¹¹ que suponen las normas del Derecho Administrativo peruano, al igual que ocurre en todos los sistemas jurídicos del mundo, respecto de los alcances de las normas de Derecho Público y su contraste con las normas de Derecho Común. Como podemos apreciar, dicha especificidad también caracteriza a los contratos regulados por el *marco normativo sub análisis*. Como bien señala Dromi:

[...] los contratos administrativos, en todas sus categorías, son una especie dentro del género contrato. Su especificidad viene dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos. Esto es, por su régimen jurídico, el que está determinado por características propias, que surgen: 1). Del objeto público; 2). De la participación de un sujeto público o «publicizado»; 3). De las prerrogativas públicas, 4). De la continuidad pública; 5). De la mutabilidad pública; 6). De la formalidad pública y 7). De la finalidad pública.¹²

⁹ *Ibid.* Díez, Manuel María, pp. 317-318.

¹⁰ *Cfr.* DEL VECCHIO, Giorgio y Luis RECASENS S. Filosofía del Derecho. México D.F.: Editorial UTEHA, 1946, tomo 1, pp. 137-148.

¹¹ *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRÍA. *Op. cit.*, p. 41.

¹² DROMI, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2001, p. 21.

La especificidad determina entonces ciertas características propias de los contratos administrativos y, por ende, de los contratos regulados por el *marco normativo sub análisis*.¹³ Ello no implica una conflagración con normas especializadas preexistentes, como la Ley de Arbitraje, distinguida ésta por su carácter general y por su aplicación preferente para regular el arbitraje comercial privado, nacional e internacional, en un ámbito diferente al público.

En consecuencia y más allá del reconocido principio de separabilidad del convenio arbitral, no podemos negar que el *arbitraje administrativo* también encuentra fundamento jurídico en la especialidad y especificidad administrativas antes referidas.

De otro lado y tal como veremos más adelante, el *marco normativo sub análisis* propende legítimamente a la democratización de la solución de controversias, puntualmente en la etapa de ejecución de los contratos.¹⁴ Esto denota un significativo avance respecto de regímenes anteriores ya derogados. En éstos, la legislación pertinente reservaba la solución de controversias exclusivamente a favor del órgano administrativo competente, extendiéndose esta situación incluso a

¹³ Una segunda y no menos importante faceta de la caracterización de los contratos administrativos, es la que fluye por sus cometidos y en orden de la generación contractual de que se trate. Es decir que existe la posibilidad de distinguir dentro de la caracterización general realizada, otra basada en un criterio de vinculación de la Administración con el contratista, de conformidad a las formas en que el interés público es satisfecho y a los cometidos que constituyen su objeto. Los contratos de primera generación son los contratos de colaboración o de «asistencia». Se trata de los contratos de provisión, de locación, de compra-venta, de obra pública o de suministro. Los contratos de segunda generación, por su parte, son los contratos o tratados de integración, que se aplican al derecho y a la economía, más abarcativos que los anteriores, por comprender los contratos de la comunidad, o los del «Estado-región» o del «Estado-asociación». Son contratos que se dan en el mercado de la integración económica regional. En DROMI, Roberto. *Las ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, pp. 21-22.

¹⁴ LATORRE BOZA, Derik. «El arbitraje en las contrataciones públicas». Diario Oficial «El Peruano». Lima, 31 de mayo de 2003, Sección *Derecho*, p. 15.

la etapa de ejecución de los contratos y bajo una metodología que de hecho y de derecho, se apreciaba de menor evolución que la actual.

Pero en este punto tenemos que advertir que este proceso de democratización no debe confundirse con una presunta privatización de la aplicación de medios de solución para este tipo de controversias, pues esa es una falacia. Y es que en el fondo prevalecen las diferencias jurídicas que legítimamente existen entre los asuntos inherentes al ámbito público y aquéllos inherentes al ámbito privado. Se trata entonces de atender a un conjunto de principios que caracterizan lo público y que deben ser preservados, sin generar detrimento en lo privado, por tratarse naturalmente de ámbitos jurídicos no equivalentes.

Sin perjuicio de lo expuesto y a mayor abundamiento ante el trasvase conceptual y jurídico que va del arbitraje previsto en Derecho Común al «arbitraje administrativo», es conveniente reiterar acá que «en todos los casos de utilización por la Administración (Pública) del Derecho Privado, siempre existe un último núcleo de carácter público que puede y debe separarse, para su más correcto tratamiento, del bloque del acto o del negocio privado en el que aparece mezclado».¹⁵

Precisamente, en el marco normativo sub análisis, el referido «núcleo de carácter público» no es estático¹⁶ y tiende a ser conformado en el tiempo por diversas normas legales que se van incluyendo y sistematizando dentro del mismo marco normativo. Pero, dicha siste-

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA. *Op. cit.*, p. 53.

¹⁶ Salvando naturales diferencias, las mismas características ofrece el análisis para determinar, por ejemplo, las diferencias entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado. Del mismo modo ocurre cuando procedemos a un intento por precisar los alcances del Derecho Internacional Económico respecto del Derecho Internacional Público y así sucesivamente. En todo caso, debemos precisar que todos estos ámbitos jurídicos cuentan con características distintivas y comunes. *Cfr.* JACKSON, John. «Global Economics and International Economic Law». En *Journal of International Economic Law*, 1998, pp. 1-24, <http://www3.oup.co.uk/jielaw/>

matización, tal como veremos a continuación, se extiende también a otras normas que guardan relación con el ámbito normativo sub análisis y que entrañan a su vez una naturaleza pública que no debe ni puede ser soslayada.

2. LA ESPECIALIDAD EN EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN CONTRATACIONES DEL ESTADO

El artículo 52 de la ley y las consideraciones de Derecho Público antes referidas, deben tomarse en cuenta, pero sobre la base de lo establecido en el Artículo 5 de la misma ley, en lo concerniente al mandato de rango legal y de Derecho Público, que destaca con precisión la especialidad y especificidad como elementos preeminentes:

El presente Decreto Legislativo y su reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquéllas de Derecho Privado que le sean aplicables.

En consecuencia y para el asunto puntual de los medios de solución de controversias, en la etapa de ejecución de los contratos adscritos al *marco normativo*, este artículo dispone en forma expresa y con rango de ley, que la regulación sobre estas materias será de aplicación necesaria y preeminente, tanto en lo que concierne a la ley, como en lo que concierne al reglamento.

Desde el Derecho Público peruano, no cabe duda que éste es un mandato imperativo e irrenunciable para las partes que se encuentren sujetas al marco normativo, salvo que un Juez, atendiendo a las eventuales particularidades de un caso específico, establezca alguna distinción o interpretación jurisprudencial, mas nunca podrá dicho Juez establecer lo contrario o decidir en forma que contravenga expresamente el marco normativo sub análisis, pues incurriría en prevaricato. Estando al tenor del artículo citado líneas arriba, también cabe verificar la imposibilidad que el Juez pueda preferir normas de Derecho Común, antes que aquéllas articuladas en el marco normativo sub análisis.

Tomando entonces en consideración que, en términos generales, el *arbitraje administrativo* en contrataciones y adquisiciones comprende un conjunto de normas de Derecho Público y, complementariamente, de Derecho Privado, estableciendo además dichas normas de Derecho Público los criterios mediante los cuales se define la aplicación de uno u otro cuerpo normativo; debemos liminarmente concluir que se debe llevar a cabo una interpretación sistemática de la normativa sub análisis, dándole significado, efecto y validez a sus normas, a partir del contexto conformado por el conjunto, sub-conjunto o grupo normativo.¹⁷

De donde fluye también la necesidad de tomar en consideración el valor de los reglamentos (administrativos) a partir de la Razón de Estado que los origina.¹⁸

En consecuencia, advertimos así la complejidad de la materia sub análisis. De ahí que, a efectos de llevar a cabo la interpretación sistemática antes mencionada, se deberán tomar en cuenta, además de la norma positiva y su jerarquía, la naturaleza jurídica de las normas, su vigencia en el tiempo, los principios, motivaciones, elementos constitutivos, conceptos y contenidos que forman parte de

¹⁷ Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico, introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, pp. 228 y ss.

¹⁸ Sobre los antecedentes y origen de la razón de Estado o *raison d'état*, como factor relevante en el ejercicio «moderno» del Poder Estatal: *From another perspective and considering that the evolution of the State harnessed the development of the idea of the State and the political practice; it is important to stand out that Machiavelli carried out a great innovation when introducing the concept of «raison d'état» as a policy tool. The idea that the effective morals for the individual and its family environment is not necessarily applied to the States; justifying that behaviors like the use of lies, swindling and violence become necessary and normal for the States. These negative values began to already be part of the western political culture in the XVI century (Cooper) 28, especially after «The Prince»*. En KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. *The future of the Nation State: Nationalism and indigenous peoples revival in the Americas*, 2000, p. 9, http://www.robarts.yorku.ca/archives/institute/2000/pdf/kundmuller_final.pdf.

y explican la estructura normativa en la que las normas a interpretar están situadas.

Este conjunto de factores organiza actualmente los contenidos jurídicos del *arbitraje administrativo* en materia de contrataciones del estado, pero el mismo conjunto de factores permite distinguir claramente la finalidad pública de la privada, que *in fine* también caracteriza a cada ámbito, pero sin negar la evidente interrelación que existe entre ambos.

Queda así establecido y debe entenderse claramente, que la aplicación supletoria a que se refiere el último párrafo del artículo 52 de la ley, respecto de las leyes de conciliación y arbitraje, operará solamente para efectos de regular los supuestos no expresamente previstos o reglamentados en el marco normativo o mediante acuerdo de voluntades entre las partes. Siendo éstos y no otros, los factores de exclusión de aplicación del Derecho Común a que se refiere la misma norma. De otro lado, también debe tenerse en cuenta que dicho acuerdo de voluntades regirá solamente respecto de todo aquello que no vulnere las disposiciones (especiales y específicas) de Derecho Público contenidas en el marco normativo sub análisis.

Queda entonces claramente configurada la base legal general del arbitraje administrativo. Dicha base legal se integra plenamente a partir del principio universal de igualdad que debe prevalecer entre las partes, en lo que al arbitraje como medio de solución de conflictos se refiere. Conviene explicar que este principio pertenece al Derecho Arbitral. De donde dicha igualdad arbitral¹⁹ deviene en una de las principales garantías axiológicas y jurídicas, para lograr soluciones que se encuentren en plena armonía con el sistema jurídico, con el interés económico subyacente al contrato respectivo, con su respectiva finali-

¹⁹ Cfr. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Foros Internacionales de Arbitraje». *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima: Editorial Asesorandina, 2003, n.º 56, año XVIII, pp. 187 y ss.

dad dentro del Derecho Público y con la finalidad de resolver la controversia dentro del Derecho Arbitral.

Constituye entonces la ley y su reglamento un hito para la democratización responsable y el logro de una mayor racionalidad económica en la gestión de conflictos suscitados en la etapa de ejecución de los contratos. Por cierto que la racionalidad y la democratización evolucionarán paulatinamente y en la medida de que el proceso de desarrollo de las contrataciones también se vaya consolidando en el mercado y en la práctica contractual de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, advertimos que esta línea evolutiva a favor de la democratización y mayor racionalidad económica en la solución de controversias, no está libre de amenazas; en particular, aquéllas que radican en la intención de mantener modelos decimonónicos y dogmáticos, que lamentablemente contradicen las actuales tendencias, tanto en materia de gestión de conflictos, como en lo que concierne al estado actual de desarrollo del Derecho Administrativo peruano.

3. MATERIA CONTROVERTIDA CONFORME EL MARCO JURÍDICO SUB ANÁLISIS Y LIBERTAD PARA ESTABLECER EL TIPO DE ARBITRAJE

Cabe destacar la «arbitrabilidad» de la nulidad del contrato. Al igual que en otros asuntos regulados en el marco normativo sub análisis, también en el caso de la materia controvertida, nos encontramos con disposiciones que conforman un núcleo de carácter público.

En el caso extremo de la «arbitrabilidad» de la nulidad, nos encontramos ante la propia nulidad del contrato *ab initio*, en donde podemos apreciar que habría arbitraje automático, incluso en el caso de inexistencia formal del contrato, como deriva del supuesto contenido en la causal de rescisión contractual, aportando así una evidencia más a favor de la tesis de la especialidad que comporta este tipo de arbitraje

así como de la «voluntad arbitral» del Estado peruano, incluso ante un supuesto *cuasi* contrato.²⁰

De otro lado y siempre que se respeten las normas de Derecho Público que tienen que ver con este «arbitraje administrativo» especializado, el convenio arbitral y las estipulaciones ahí contenidas, pueden asumir diversas formas o modalidades. Esto va desde la posibilidad que en el contrato se establezca un arbitraje *ad-hoc*, que contenga estipulaciones específicas sobre el arbitraje, hasta la posibilidad de someter el arbitraje a la organización y administración²¹ de una institución arbitral.

Cabe precisar que todos estos supuestos se encuentran previstos mediante diversas disposiciones dentro del marco normativo.

Finalmente, no queremos dejar en el tintero el tema de la declaración de nulidad de las resoluciones expedidas por la Administración Pública por parte de un árbitro.

En efecto, se ha cuestionado, tal como el artículo que citamos en la introducción, que un tribunal arbitral tenga facultades para declarar la nulidad de una resolución expedida por la Administración, en tanto la misma tendría su propio mecanismo, conforme a la normatividad sobre actos de gestión pública de naturaleza propia del Derecho Administrativo; del mismo modo se discute si el tribunal podría resolver declarando la nulidad de dicha resolución, en tanto la misma ha sido expedida de acuerdo a las atribuciones de Imperio del Estado.

Para ello, la Ley que regula el Proceso Contencioso-Administrativo n.º 27584 (de 7 de diciembre de 2001) establece que el proceso contencioso administrativo es un proceso de plena jurisdicción, en este sentido, los jueces pueden entrar a analizar el fondo del asunto y, están

²⁰ CABANELLAS B. y Z.L. ALCALÁ *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta; 1979, tomo II, pp. 427-428.

²¹ *Ibid.* ROCA MARTÍNEZ.

facultados a verificar la validez o nulidad, o la posible ineficacia del acto administrativo. Por lo tanto, en el caso de la demanda contencioso administrativa, ésta sólo procede cuando se pretende algo contra la administración, cuando el demandante acude al órgano jurisdiccional solicitando tutela jurídica frente a una actuación de la Administración Pública, en ejercicio de una prerrogativa regulada por el Derecho Administrativo. En este sentido, la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo en su artículo 4 precisa en forma clara cuáles son las actuaciones administrativas impugnables:

Artículo 4.- Actuaciones impugnables.- Conforme a las previsiones de la presente ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

[...]

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

[...]

5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.

Por otro lado, la Ley de Procedimiento Administrativo General n.º 27444 en su artículo 9 dispone que «[...] todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda», por tanto, la nulidad del acto administrativo puede ser declarada por un árbitro.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN
LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES:
A PROPÓSITO DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071

Luciano Barchi Velaochaga

ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN
LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES:
A PROPÓSITO DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071

*Luciano Barchi Velaochaga**

El Decreto Legislativo n.º 1071 ha establecido una nueva regulación para el arbitraje en el Perú. En él se ha incorporado la solución a problemas que se han presentando en los diversos y abundantes procesos arbitrales que se han llevado a cabo antes de su dación.¹ Asimismo, se ha tomado como fuente, principalmente, la Ley de Arbitraje Española y la Ley Modelo de la CNUDMI.

Un problema frecuente que se presenta en los procesos arbitrales relacionados con la contratación estatal está referido a las obras adicionales ejecutadas sin aprobación previa. Se ha generado en este tema una discusión respecto a si la entidad se encuentra o no obligada al pago de las obras adicionales que el contratista ejecutó en base a las normas de enriquecimiento sin causa.² Concretamente se discute si esta pretensión es arbitrable.

* Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y candidato a Doctor por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹ Especialmente deben citarse las sentencias del Tribunal Constitucional en torno a problemas arbitrales, especialmente, la recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias Salaverry).

² Ver, por ejemplo, ARRARTE ARISNABARRETA, María Teresa y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2007, n.º 4, pp. 121 y ss. CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». En *Revista Peruana de Ar-*

Algunos autores sostienen que «la única relación jurídica determinada a la que se refiere el convenio arbitral bajo examen es la derivada del contrato administrativo»;³ y se añade «la referencia a cualquier controversia derivada de la ejecución no puede, desde este punto de vista, más que referirse a la relación jurídica contractual, pues si hubiera querido incluir la relación jurídica de enriquecimiento sin causa —inexistente y absolutamente eventual al momento de pactarse el convenio arbitral— su mención en el mismo debería ser expresa».⁴ Para estos autores, siendo el enriquecimiento sin causa una fuente heterónoma de relaciones obligatorias, no está comprendido en el convenio arbitral tipo de los contratos sujetos a la LCAE,⁵ el cual se refiere solamente a la relación obligatoria surgida de dichos contratos.

Otros, en cambio, sostienen que «las controversias sobre enriquecimiento sin causa, se encuentran comprendidas en el convenio arbitral previsto por el artículo 53 de la LCAE, por lo que deben ser decididas —de manera excluyente— en un arbitraje, siendo incompetente el órgano jurisdiccional para resolver válidamente al respecto».⁶ Para estos autores cuando el texto del convenio arbitral tipo de la LCAE se refiere a «Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato...», entonces comprende el enriquecimiento sin causa que se produce como consecuencia de la ejecución del contrato.

El numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece lo siguiente:

bitraje. Lima, 2006, n.º 3, pp. 307 y ss. WONG ABAD, Julio Martín. «Presupuestos adicionales de obra, enriquecimiento sin causa y cláusula arbitral en los contratos administrativos. A propósito de una discusión entre (algunos) jueces y (algunos) árbitros». En *JUS Jurisprudencia. Comentarios a la Jurisprudencia y Praxis Jurídica*. Lima, septiembre 9, 2008, pp. 83 y ss.

³ WONG ABAD, Julio. *Ob. cit.*, p. 97.

⁴ WONG ABAD, Julio. *Ob. cit.*, p. 98.

⁵ Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

⁶ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Ob. cit.*, p. 156.

El convenio arbitral es un acuerdo para 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.

De acuerdo con el texto transcrito las partes pueden someter a arbitraje «todas las controversias» o «ciertas controversias» que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual.

Controversias «que hayan surgido» supone que la controversia existe al momento de la celebración del convenio arbitral; es decir, se trata de una controversia actual. Controversias «que puedan surgir» supone que la controversia es futura y eventual y, por tanto, no existe al momento de la celebración del convenio arbitral.

Los elementos esenciales del convenio arbitral son:

- a) La inequívoca voluntad de someterse a arbitraje: las lagunas del convenio arbitral son integradas legalmente; y,
- b) La determinación de la relación jurídica contractual «o de otra naturaleza» cuyas controversias serán sometidas a arbitraje. Por lo general, cuando el convenio arbitral adquiere forma de cláusula en un contrato, la relación jurídica cuyas controversias serán resueltas por arbitrajes es la originada por dicho contrato. Si quedara indeterminada, el convenio arbitral sería nulo.

¿Qué quiso decir el legislador con la expresión «relación jurídica de naturaleza distinta a la relación jurídica contractual»? Nos parece que la expresión utilizada en el Decreto Legislativo n.º 1071 no es adecuada.

En efecto, de acuerdo con el artículo 1351 del Código Civil el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear (cuando no regular, modificar o extinguir) una «relación jurídica patrimonial». En tal sentido surge la duda respecto a lo que el legislador quiso decir con la

expresión «o de otra naturaleza». ¿Se refería a una relación jurídica «no patrimonial»? ¿Se refería a una relación jurídica patrimonial, pero que tiene una fuente distinta al contrato?

En nuestra opinión resulta más adecuado lo establecido en la Ley de Arbitraje Española y la Ley Modelo de la CNUDMI, en ellas se dice: «respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual».

La expresión relación jurídica comprende tanto aquéllas que tienen contenido patrimonial como aquéllas que no lo tienen y, por otro lado, se refiere a aquellas relaciones jurídicas que tienen fuente contractual como aquéllas que no la tienen. Creemos que finalmente ésta es la lectura que debe dársele al numeral 1 del artículo 13 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Por otro lado, al celebrar el convenio arbitral, son las propias partes las que deciden si se someten a arbitraje «todas las controversias» o sólo «ciertas controversias» que puedan surgir entre ellas (controversias futuras) respecto a una determinada relación jurídica contractual (aun si ésta ya se hubiera extinguido). En tal sentido, las propias partes pueden limitar el ámbito de operatividad del convenio arbitral limitando su aplicación sólo a ciertas controversias o excluyendo expresamente aquellas controversias que, siendo susceptibles de arbitraje, las partes no desean someterla a la competencia arbitral.

De la lectura de los diversos artículos del Decreto Legislativo n.º 1071 puede advertirse que el legislador ha adoptado el principio *favor arbitrati*. Así, en caso de duda, porque las partes utilizan en la redacción del convenio expresiones genéricas o más bien vagas para indicar el ámbito de operatividad del mismo convenio sin especificar su alcance, el convenio arbitral debe interpretarse en el sentido de que la competencia arbitral se extiende a todas las controversias que derivan de la relación jurídica a la cual el convenio arbitral se refiere.

Por lo expuesto, para determinar el ámbito de aplicación del convenio arbitral en las controversias contractuales, debemos remitirnos al convenio arbitral, que bajo la forma de cláusula, consta en el contrato celebrado.

Cuando el Convenio Arbitral señala que las partes someten a arbitraje «cualquier controversia que pudieran surgir entre ellas», o someten a arbitraje «todas las controversias que pudieran surgir entre ellas», no queda duda de que las partes decidieron someter a la competencia arbitral todas las controversias que pudieran surgir entre ellas respecto de la relación jurídica que las vincula. Sólo quedan excluidas aquellas controversias que no son susceptibles de arbitraje.

Pero, cabe preguntarse si cuando las partes deciden someter todas las controversias que pudieran surgir entre ellas respecto de la relación jurídica que las vincula, están comprendidas las cuestiones extracontractuales derivadas de la relación contractual existente entre ellas.

Como señala Chiara Caramaschi, las cuestiones extracontractuales derivadas de la relación contractual son «las controversias que tienen como objeto las consecuencias resarcitorias por hecho ilícito o por responsabilidad precontractual, o derivadas de actos de competencia desleal, o enriquecimiento sin causa de una parte respecto de la otra».⁷

En el presente ensayo nos ocuparemos, únicamente, de las prestaciones restitutorias, por ser las más frecuentes.

Supongamos que *Primus* y *Secundus* han celebrado un contrato, en el cual han acordado que todas las controversias relacionadas con el mismo serán resueltas mediante arbitraje.

⁷ CARAMASCHI, Chiara. «La clausola compromissoria». En *Il Civilista*. Lima, octubre 2007, n.º 1, p. 56.

Si una de las partes ha efectuado un pago en exceso podrá requerir, en la vía arbitral, la restitución de lo pagado de más. Por otro lado, en caso se sometan a arbitraje las controversias que tengan por objeto la resolución del contrato por incumplimiento, la parte demandante podrá pretender la restitución de la prestación a su cargo que hubiese sido ejecutada.⁸ También si se declara nulo el contrato,⁹ la parte demandante podrá pretender la restitución de la prestación a su cargo que hubiese sido ejecutada.

Estas pretensiones restitutorias se sustentan en las normas del pago indebido. Y el pago indebido es una fuente heterónoma de relaciones obligatorias.

El artículo 1267 del Código Civil peruano de 1984¹⁰ se refiere a las atribuciones patrimoniales sin causa por error del *solvens*; es decir, al «pago indebido».

Artículo 1267.- el que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien la recibió.

Como puede apreciarse el artículo 1267 del C.C contiene: (i) un «supuesto de hecho»:¹¹ «el que por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago» y (ii) una «consecuencia»:¹²

⁸ Ver al respecto el tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil.

⁹ De acuerdo con el numeral 2 del artículo 41 del Decreto Legislativo n.º 1071 «[...] el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral».

¹⁰ En lo sucesivo, cuando nos referimos al Código Civil, deberá entenderse Código Civil peruano de 1984.

¹¹ De acuerdo con Marcial Rubio «el supuesto es la hipótesis que formula el autor de la norma jurídica para que, de verificarse u ocurrir en la realidad, se desencadene lógico-jurídicamente la necesidad de la consecuencia». (RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2004, p. 97).

¹² De acuerdo con Rubio Correa «La consecuencia es el efecto que el autor de la norma jurídica le atribuye lógico-jurídicamente a la verificación del supuesto en la realidad». (RUBIO CORREA, Marcial. *Ob. cit.*, p. 101).

la constitución de una relación obligatoria donde quien recibe «indebidamente» (*accipiens*)¹³ algún bien o cantidad queda obligado a su restitución frente a quien se lo entrega por error (*solvens*).

De aquí puede afirmarse que «el pago indebido» (supuesto de hecho) constituye una fuente heterónoma de relaciones obligatorias (consecuencia). Como indica Luis Díez-Picazo, «en todos aquellos casos en que la relación obligatoria no nace de un negocio jurídico, puede hablarse de una constitución forzosa o heterónoma de la relación. La relación se crea por un poder que es independiente de la voluntad de los sujetos»,¹⁴ ese poder es la soberanía del Estado creando relaciones jurídicas entre particulares, por ello se dice que es una constitución heterónoma de relaciones obligatorias. En concreto, se trata de un supuesto legalmente tipificado,¹⁵ basta que se realice el supuesto de hecho contemplado en la norma (un desplazamiento patrimonial sin causa) para que se constituya la relación obligatoria, independientemente de la voluntad de los sujetos de derecho. Por esta razón la mayoría de las legislaciones ubican al «pago indebido», adecuadamente, en el libro de fuentes de las obligaciones y no en la parte relativa al «pago» como lo hace nuestro Código Civil.¹⁶

La «entrega a otro algún bien o cantidad» constituye una atribución o desplazamiento patrimonial.

¹³ Llamamos *accipiens* al sujeto que recibe el «pago indebido» y *solvens* a quien lo efectúa.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996, 5.ª Ed., volumen primero, p. 154. También ver DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «Los llamados contratos forzosos». En *Materiales de lectura del curso Derecho Civil Patrimonial II*. Profesor Carlos Cárdenas Quirós. Maestría en Derecho Empresarial. Universidad de Lima.

¹⁵ *Ibid.*, p. 154.

¹⁶ Tradicionalmente, se ha considerado el «pago indebido» como una especie de «cuasicontrato». Para Ballarín Hernández el pago indebido es un cuasicontrato (ver al respecto BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael. *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa*. Madrid: Tecnos, 1985, pp. 43 y ss. Respecto a la crítica de los «cuasicontratos». Ver DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. *Ob. cit.*, volumen segundo, p. 149.

Una atribución o desplazamiento patrimonial consiste en una ventaja o beneficio de carácter patrimonial proporcionado a otra persona. Implica, por consiguiente, la alteración en la esfera patrimonial de un sujeto. Así, la entrega de un bien a (o la realización de un servicio a favor de) un sujeto de derecho constituye una atribución o desplazamiento patrimonial.

Si bien «atribución» y «desplazamiento» pueden ser entendidos como sinónimos, en estricto, el término «desplazamiento» es más concreto que el término «atribución», ya que requiere que la citada ventaja o beneficio se materialice en un bien (o dinero), dejando así al margen toda atribución patrimonial que implique un hacer o un no hacer.

Como dice Díez-Picazo, «todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considera como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, en favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución».¹⁷

Para que un desplazamiento patrimonial pueda ser calificado de «pago» es menester que:

- 1) Encuentre su fundamento y su razón de ser en una previa relación obligatoria (causa o título) que a través de dicha atribución se cumple; y,
- 2) Concurran una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar (requisitos de regularidad del pago).¹⁸

¹⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. *Ob. cit.*, volumen primero, pp. 89-90.

¹⁸ El despliegue de la plena eficacia, solutoria y satisfactiva, del acto de pago exige la concurrencia de una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar.

Por lo señalado, para que un desplazamiento patrimonial sea considerado «pago» el desplazamiento debe ser debido; es decir, debe tener una causa, la cual es comúnmente una relación obligatoria. Así, por ejemplo, si *Primus* entrega a *Secundus* S/. 1000 realiza un desplazamiento patrimonial a favor de este último, sin embargo, para que dicho desplazamiento sea calificado como «pago» debe preexistir una relación obligatoria entre *Primus* y *Secundus* la cual constituiría la causa o título del desplazamiento patrimonial.

El «pago» se califica precisamente como «hecho debido» en cuanto constituye la actuación de la relación obligatoria y, por tanto, actuación de la posición deudora. La relación obligatoria es, entonces, el título jurídico del «pago». Si para que un desplazamiento patrimonial sea «pago» debe existir una causa o título, entonces un «pago» siempre es debido, hablar de «pago indebido» resulta siendo contradictorio, así quizá resulte más adecuado referirse a atribuciones o desplazamientos patrimoniales sin causa.¹⁹

Los desplazamientos patrimoniales requieren, como hemos visto, de una causa que las justifique jurídicamente. De acuerdo con Trimarchi,²⁰ los desplazamientos patrimoniales injustificados pueden verificarse como consecuencia de:

-
- 1) Desde el punto de vista de los sujetos, la regularidad del pago presupone la legitimación de la persona que lleva a cabo el pago (*solvens*) y en la persona que lo recibe (*accipiens*).
 - 2) Desde el punto de vista del objeto, son requisitos del pago: la identidad, la integridad y la indivisibilidad.
 - 3) Desde el punto de vista de las circunstancias de tiempo y de lugar, el pago exige que el tiempo y el lugar en que se realice sean exactos o por lo menos adecuados.

¹⁹ El Código Civil español habla de «Cobro de lo indebido». Cárdenas Quirós habla de «desplazamiento patrimonial indebido» (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Hacia la reforma del Libro VI del Código Civil». En *Thémis*, n.º 30, p. 147).

²⁰ TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè, 2003, quindicesima edizione, p. 332.

- 1) Apropiaciones ilícitas, o bien por el empleo de violencia, amenazas o engaños. En este caso las consecuencias se eliminan, en lo posible, mediante el mecanismo de la responsabilidad civil.
- 2) Hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños. Así, por ejemplo, puede tratarse:
 - 2.1) De hechos del mismo empobrecido, quien por error entregue a otro sujeto un bien no debido;
 - 2.2) De un hecho de la naturaleza, como la avulsión (artículo 940 del Código Civil); o,
 - 2.3) De un hecho del enriquecido sin ser fuente de responsabilidad civil por los daños, así, por ejemplo, el consumo de buena fe de un bien ajeno.

Cuando los desplazamientos patrimoniales se producen por hechos que no son ilícitos y no son fuente de responsabilidad por daños,²¹ el derecho no impone al enriquecido de buena fe, como señala el autor italiano,²² el resarcimiento del daño, pero le impone la obligación de pagar al empobrecido una indemnización dentro de los límites de su enriquecimiento. En este sentido Gallo señala: «La responsabili-

²¹ Como bien lo resalta Trimarchi no todo acto dañoso es prohibido. En la vida en sociedad, es común causar daño a otros sujetos lícitamente. El desarrollo de actividades provechosas implica algún riesgo de daños a terceros (externalidades para los economistas, daños para los abogados). No todas las externalidades deben ser internalizadas a través de la responsabilidad civil, de lo contrario, la sociedad se paralizaría por el impacto que tendría sobre cada persona la existencia de sanciones resarcitorias por todas las consecuencias dañosas, nimias o relevantes, inmediatas o remotas que involucra toda actividad humana. El éxito empresarial, por ejemplo, se manifiesta restándole clientes a sus competidores, pero ello no constituye un hecho injusto: la competencia no está prohibida, al contrario es reconocida constitucionalmente (artículo 61) pues es útil para la sociedad. Otras veces el hecho dañoso es prohibido (hecho ilícito) y una vez cometido da lugar a responsabilidad por daños (ver al respecto TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato. Ob. cit.*, p. 107).

²² TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato. Ob. cit.*, p. 332.

dad civil busca de remediar los daños derivados de la comisión del ilícito; la acción de enriquecimiento tiene, en cambio, como punto de referencia el provecho obtenido mediante un hecho injusto».²³

Si por ejemplo, usando el ejemplo de Trimarchi, *Primus* ha utilizado el carbón de *Secundus*, éste sufre un daño igual al valor del carbón. El enriquecimiento de *Primus*, en cambio, es igual al precio no pagado por igual cantidad de carbón. Si *Primus* no ha actuado de mala fe, no es responsable por el daño, pero está obligado según el principio del enriquecimiento sin causa, por tanto, debe pagarle a *Secundus* una suma de dinero igual al precio del carbón ahorrado.

El principio general está recogido en el artículo 1954 del Código Civil que establece:

Aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

Luego, tal principio se reafirma en otras disposiciones del Código Civil, particularmente, en las normas del «pago indebido». Como señala Bianca «el pago indebido precisamente ha quedado como una particular hipótesis de enriquecimiento injustificado, caracterizada por la ejecución de una prestación «no debida» y del derecho de repetición respecto el *accipiens*».²⁴

El ordenamiento jurídico no impone al *accipiens* que recibe el pago indebido el resarcimiento del daño, sino lo obliga a restituir al consumidor aquello en lo que se hubiese enriquecido. En tal sentido, el enri-

²³ GALLO, Paolo. *Arricchimento senza causa. Art. 2041-2042. Il Codice Civile. Commentario. Fondata da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 50.

²⁴ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La Responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 792. En este mismo sentido TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato. Ob. cit.*, p. 354. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Ob. cit.*, volumen segundo, p. 516.

quecimiento sin causa no debe ser entendido como un tema de «responsabilidad civil».²⁵

Las normas relativas al «pago indebido» resultan de aplicación cuando la atribución patrimonial sin causa, la realiza el propio empobrecido por error (por error de hecho o de derecho dice la norma). Adviértase también que el artículo 1267 del Código Civil se refiere en concreto a «desplazamientos patrimoniales», pues la atribución se materializa en un bien o en dinero («entrega a otro algún bien o cantidad de pago») y eso se hace patente en el articulado.

De acuerdo con el artículo 1267 del Código Civil, para que se configure el «pago indebido» el desplazamiento patrimonial sin causa debe ser realizado por error del *solvens*. Si se realiza un desplazamiento sin causa conscientemente (sin error), no estaríamos dentro un supuesto de «pago indebido»,²⁶ así, por ejemplo, si *Primus* decide pagar a *Secundus* una deuda de *Tertus*, no es un «pago indebido», sino un pago por tercero.

En el Código Civil italiano el «pago indebido» puede ser objetivo o subjetivo. Será objetivo, conforme al artículo 2033, cuando el *solvens* realiza el desplazamiento patrimonial respecto a un título inexistente

²⁵ Díez-Picazo considera que no son admisibles ni la posición que fusiona el enriquecimiento dentro del resarcimiento de daños y la que establece una total y absoluta separación. En las hipótesis de enriquecimiento injustificado puede existir un daño (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ob. cit., volumen primero, p. 96).

²⁶ Según Díez-Picazo «en los casos en que el pago de lo indebido ha sido realizado conscientemente, de acuerdo con esta tradición, no se le puede suponer otra intención que la de realizar una liberalidad», no obstante, más adelante el autor español reconoce la posibilidad que el *solvens* realice la atribución patrimonial sin error y sin pretender llevar a cabo una liberalidad, como por ejemplo, evitar los perjuicios que de no hacer el pago se seguirían (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ob. cit., volumen segundo, p. 517). En este caso procede la acción general de enriquecimiento sin causa.

o ineficaz, mientras que será subjetivo, conforme al artículo 2036, cuando el *solvens* paga una deuda ajena en la errónea creencia de ser él el deudor.

Como se ha señalado, el Código Civil requiere siempre la existencia del error de parte del *solvens*, por tanto, podríamos decir que en nuestro ordenamiento civil el «pago indebido» es siempre subjetivo. No obstante, no se requiere probar el error cuando se realiza una atribución patrimonial que nunca se debió o ya estaba pagada.

De acuerdo con el artículo 1267 del Código Civil, el error puede ser de hecho (*error facti*) o de derecho (*error iuris*).

En el Derecho inglés, respecto al *error iuris* se aplicó, en un principio, la *mistake of Law rule*, en tal sentido, el que pagaba un suma de dinero a causa del errado convencimiento de estar obligado por la ley, no podía obtener la restitución. Así, el desplazamiento patrimonial injustificado fue considerado estable en virtud de recurrir al principio *ignorantia ius non excusat*.²⁷

De acuerdo con el principio *ignorantia ius non excusat*, nadie puede alegar ignorancia de la ley,²⁸ sin embargo, este principio no debe ser transportado al tema del pago indebido. La *mistake of law rule* es incompatible con un sistema que funda el remedio restitutorio en la ausencia de justificación del desplazamiento patrimonial.²⁹ En efecto, como hemos señalado, el «pago indebido» es una particular hipótesis de enriquecimiento indebido, así el remedio restitutorio se justifica por la falta de causa del desplazamiento patrimonial.

²⁷ Al respecto, ver D'ANGELO, Antonino. *L'errore senza rimedio*. Milano: Giuffrè, 2006.

²⁸ Ver al respecto CORRAL TALCIANI, Hernán Felipe. *De la ignorancia de la ley. El principio de su inexcusabilidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987.

²⁹ En este sentido, D'ANGELO, Antonio. *Ob. cit.*, p. 23.

El error de hecho es aquél que lleva al empobrecido (*solvens*) a realizar un desplazamiento patrimonial mediando una falsa representación mental o en ausencia de noción acerca de algún elemento esencial de la relación obligatoria.

El error de hecho puede distinguirse en absoluto y relativo.

En el desplazamiento patrimonial por *error absoluto* el *solvens* realiza el desplazamiento con la errónea creencia de la existencia del título, sea porque nunca existió o porque ya se extinguió.

La ausencia del título puede ser desde el origen o puede ser sobreviniente.

Siguiendo a Bianca podemos distinguir los siguientes casos:³⁰

- 1) Por inexistencia de la relación obligatoria;
- 2) Por extinción previa de la relación obligatoria;
- 3) Por falta de legitimación del *accipiens*; y,
- 4) Por nulidad, anulabilidad, resolución y rescisión del título negocial (*condictio ob causam finitam*).

En todos estos casos, de acuerdo con el Código Civil, el *solvens* incurre en error sobre la existencia del título.

1) Por inexistencia de la relación obligatoria

Se trata de un «desplazamiento patrimonial no debido», en este supuesto incluimos el caso del sujeto «no deudor» que paga una deuda ajena al acreedor es decir, el «pago indebido» *ex latere solventis*.

³⁰ Bianca no menciona la rescisión pero nosotros la incluimos (BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La Responsabilità. Ob. cit.*, p. 795). Trimarchi si menciona la rescisión (TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato. Ob. cit.*, p. 333).

Cuando este desplazamiento patrimonial se hace conscientemente, estamos frente a un «pago por el tercero».³¹ En el caso del «tercero» que paga una deuda ajena, si hay una declaración de pagar una deuda ajena, entonces estamos frente a un «pago por tercero», y en este caso, si hay un desplazamiento patrimonial con causa. Como señala Levi para que se de un cumplimiento por tercero «debe darse la voluntad del *solvens* de cumplir una atribución patrimonial a favor del acreedor, atribución que debe ser referida a un cierta relación obligatoria» y luego añade «no es suficiente que el tercero realice la objetiva actuación del derecho del acreedor».³²

El pago por tercero determina en el deudor un enriquecimiento que consiste en la liberación de la deuda frente al acreedor originario, entonces, el tercero tiene derecho a «reclamar» el reembolso, vía enriquecimiento sin causa, al deudor (enriquecido). El derecho de reembolso es aquél que faculta a quien pagó por otro a recobrar lo pagado.³³

En el caso del «pago indebido» *ex latere solventis (indebitum ex persona a parte debitoris)*, el *solvens* realiza el desplazamiento patrimonial por error, creyéndose deudor, sin la intención de pagar una deuda ajena. Al recibir la atribución patrimonial, el *accipiens* no necesariamente actuará de mala fe, pues es posible que, conforme con el artículo 1222 del Código Civil, pueda pensar que la intención del *solvens* es pagar la deuda ajena.

³¹ Artículo 1222 del Código Civil establece quienes están legitimados para efectuar el pago, en tal sentido señala: «Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, sea con el asentimiento del deudor o sin él, salvo que el pacto o su naturaleza lo impidan [...]».

³² LEVI, Giulio. *Il pagamento dell'indebito*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 129.

³³ Para recobrar lo pagado se cuenta con dos vías: 1) La «acción» de reembolso; 2) la «acción» *in rem verso* y 3) la subrogación. Ver respecto al derecho de reembolso TUR FAUNDEZ, María Nélica. *El derecho de reembolso*. Valencia: Editorial General de Derecho, 1996.

En Italia, partiendo del pago indebido objetivo, Turco señala: «Ha sido exactamente observado a propósito que, de un examen sistemático de la disciplina del pago indebido dictada por nuestro Código Civil, se deduce claramente que *el error no es una condición general de la repetibilidad del pago no debido*; debiéndose al contrario afirmarse que *la conciencia de haber ejecutado tal pago o bien la simple negligencia de ejecutarlo...* pueden hacer inexigible la pretensión del actor, no obstante la existencia de los presupuestos legales que de por sí serían suficientes para el nacimiento de la obligación restitutoria».³⁴

2) Por extinción previa de la relación obligatoria

Ejemplo: el *solvens* realiza el desplazamiento patrimonial respecto de una relación obligatoria que ya no existe, pues ha sido pagada previamente.

De los Mozos se refiere al pago de una deuda extinguida previamente por compensación. Al respecto señala: «Como en nuestro Derecho la compensación se produce automáticamente hasta el límite de la cantidad concurrente, aunque no tenga conocimiento de ellos los acreedores y deudores (artículo 1202 del Código Civil), es perfectamente posible que se vuelva a producir el pago de una deuda total o parcialmente extinguida, en cuyo caso procede la repetición».³⁵

La compensación legal es la compensación que tiene lugar cuando entre dos personas existen relaciones obligatorias recíprocas que cumplen con los presupuestos establecidos por la ley, en nuestro caso los establecidos en el artículo 1288 del Código Civil.

³⁴ TURCO, Claudio. *L'adempimento del terzo*. Artículo 1180. En *Il Codice Civile Commentario. Diretto da Piero Schlesinger*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 69.

³⁵ DE LOS MOZOS, José Luis. «Pago o cobro de lo indebido». En *Revista de Derecho Privado*, p. 659.

Artículo 1288.- Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo.

Para ciertas legislaciones, como en el caso de la española,³⁶ la compensación legal opera de pleno derecho en cuanto se dan los presupuestos legales establecidos en la ley. Para otras legislaciones la compensación requiere que se den los presupuestos establecidos en la ley, pero corresponde a los sujetos invocarla. Una vez invocada la compensación, puede retrotraerse al momento en que se dieron los presupuestos establecidos en la ley.

De acuerdo con el artículo 1288 del Código Civil, los efectos de la compensación se producen «desde que hayan sido opuestas la una a la otra». Para Osterling Parodi y Cárdenas Quirós, comentando el artículo 1288 del Código Civil «... la compensación sólo opera desde que se opone una obligación a la otra, sin otorgarle efectos retroactivos a la fecha de coexistencia de ambos créditos».³⁷

En tal sentido, para nuestro Código Civil sólo podría darse pago indebido si luego de opuesta la compensación por cualquiera de los deudores uno de ellos realiza el pago.³⁸

3) Por falta de legitimación del *accipiens*³⁹

³⁶ El artículo 1202 del Código Civil español establece: «El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tenga conocimiento de ella los acreedores y deudores».

³⁷ OSTERLING PARODI, Felipe. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós. «Las obligaciones». En *Biblioteca Para Leer el Código Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1988, vol. VI, p. 207.

³⁸ Salvo, obviamente, que se trate de una compensación parcial y se paga el saldo no compensado.

³⁹ En Italia, el pago indebido *ex latere accipientis* es un supuesto de pago indebido subjetivo y, por tanto, un caso donde existe relación jurídica pero no entre las personas que han realizado la atribución patrimonial. No obstante, al respecto

En el «pago indebido» *ex latere accipientis* (*indebitum ex persona parte creditoris*) el deudor o el legitimado⁴⁰ paga la deuda a quien no se encuentra legitimado para recibir. En otras palabras, quien cumple es verdaderamente deudor, pero cumple a favor de persona distinta del acreedor o del legitimado a recibir el pago.⁴¹

De acuerdo con el artículo 1224 del Código Civil el pago al tercero no legitimado es ineficaz (el Código Civil habla impropriadamente de validez)⁴² respecto al acreedor. El deudor se mantiene, entonces, obligado a ejecutar la prestación.

El acreedor puede ratificar el pago con efecto liberatorio desde el momento de su ejecución. Además del acreedor, el pago puede ser ratificado por quien tiene la legitimación de disponer del crédito.

Barbero señala: «la situación, a nuestro juicio, se asimila a la que emana del indebido objetivo, por cuanto se puede decir perfectamente que el pago a aquel *accipiens* no era debido ni por el *solvens* ni por otra persona: no era debido objetivamente» (BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Civil Patrimonial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América, 1967, tomo IV, p. 687). El pago indebido objetivo supone la inexistencia o invalidez de la relación.

⁴⁰ El artículo 1222 del Código Civil establece quiénes son los legitimados para efectuar el pago.

⁴¹ El artículo 2224 del Código Civil establece los legitimados a recibir el pago: «Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él».

⁴² Hablar de validez supone categorizar el pago como un acto jurídico (acto jurídico *strictu sensu* o negocio jurídico) pues el plano de validez sólo corresponde a los hechos jurídicos en los cuales la voluntad constituye el núcleo del supuesto de hecho. Los hechos jurídicos *strictu sensu* no pueden ser nulos o anulables, así por ejemplo, no puede haber un nacimiento nulo (ver al respecto MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1986, 2.ª edição, pp. 94 y ss). Para nosotros la incapacidad del deudor no excluye su legitimación para cumplir, no obstante el ordenamiento jurídico activa los mecanismos de protección al incapaz cuando el pago implica un detrimento económico superior a aquél requerido por el exacto cumplimiento.

También es posible que el acreedor hubiera aprovechado el pago hecho al tercero no legitimado y, en tal caso, el deudor queda liberado. El acreedor aprovecha el pago cuando la prestación queda a su disposición. Ejemplo: el comprador paga el precio al transportista de la mercadería. El transportista no está legitimado a recibir el pago, pero lo remite al vendedor. Asimismo, el acreedor aprovecha el pago cuando obtiene un incremento económico. En los límites de tal incremento el deudor es liberado. Ejemplo: el deudor, sin haber estado autorizado, ejecuta el pago en manos de un tercero, que es a su vez acreedor del acreedor. Quien recibe debería remitir la prestación a su destinatario, pero siendo acreedor satisface su derecho por compensación. El acreedor no ha recibido la prestación, pero ha conseguido la utilidad económica de la liberación de su deuda.

El tercero no legitimado que recibe la prestación está obligado a restituirla al deudor, pues se trata de un «pago indebido» *ex latere accipientis*. El *solvens* puede, por tanto, reclamarle al tercero no legitimado la repetición de lo que le ha entregado, salvo que el acreedor hubiera recibido o declarado querer recibir la prestación por parte del tercero.

Un caso distinto es el pago al acreedor aparente, el cual sí produce el efecto liberatorio conforme a lo dispuesto por el artículo 1225 del Código Civil.⁴³ El efecto liberatorio, requiere dos presupuestos:

- a) La buena fe de quien efectúa el pago respecto a que quien lo recibe sea el legitimado para hacerlo; y,
- b) La apariencia de legitimación de quien recibe.

La apariencia puede referirse a la identidad del legitimado. Ejemplo: quien recibe, valiéndose de un falso documento, se hace pasar por el acreedor.

⁴³ Artículo 1225.- «Extingue la obligación el pago hecho a persona que está en posesión del derecho de cobrar, aunque después se le quite la posesión o se declare que no la tuvo».

La apariencia puede referirse al título de la legitimación. Ejemplo: el acreedor originario ha cedido el crédito sin que el deudor hubiera tenido conocimiento (legitimación histórica).

4) Por nulidad, anulabilidad, resolución y rescisión del título negocial (*condictio ob causam finitam*)

En estos casos la ausencia del título puede ser *ab origine* (nulidad, anulabilidad⁴⁴ o rescisión)⁴⁵ o sobreviniente (resolución).⁴⁶ En el caso de la resolución del contrato el desplazamiento patrimonial es justificado en el momento en el que se realiza, pero posteriormente deja de serlo por hechos sobrevinientes (incumplimiento, imposibilidad, excesiva onerosidad).

Díez-Picazo refiriéndose al Código Civil español señala que «las reglas restitutorias que son consecuencia de la nulidad o de la anulabilidad se encuentran establecidas en sede de contratos».⁴⁷ En el caso peruano no encontramos en el Libro de Acto Jurídico normas relativas a las reglas restitutorias que son consecuencia de la nulidad o de la anulabilidad.⁴⁸ Sí encontramos en el Libro de Fuentes de

⁴⁴ De acuerdo con el artículo 222 del Código Civil: «el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare».

⁴⁵ De acuerdo con el artículo 1372 del Código Civil: «La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato».

⁴⁶ De acuerdo con el artículo 1372 del Código Civil: «La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva».

⁴⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. *Ob. cit.*, volumen segundo, p. 517. El artículo 1303 del Código Civil español (de la nulidad de los contratos) señala: «Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes debe restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

⁴⁸ En Italia Argiroffi ha señalado al respecto: «La mayoría de la doctrina considera que la restitución del bien sería disciplinada no en las normas sobre nulidad, etc., sino en las normas sobre repetición de lo indebido y en tema de reivindicación».

las Obligaciones referencias a la restitución en el caso de la resolución, al respecto el artículo 1372 del Código Civil señala: «Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones...». No existe, curiosamente, norma similar respecto a la rescisión.

En la atribución patrimonial por *error relativo* existe título, pero el *solvens* incurre en error sobre los elementos que la ley considera trascendentes.⁴⁹

Los supuestos de atribución patrimonial por *error relativo* son:

- Pago de cosa cierta distinta.
- Pago en exceso.
- Pago de cosa incierta como cierta.
- Pago de prestación alternativa como cierta.
- Pago de todas las prestaciones alternativas.
- Pago de prestación alternativa dejando la elección al acreedor cuando —en realidad— la misma competía al deudor.
- Caso de la prestación de hacer o de no hacer que el deudor paga prestando un hecho por otro o absteniéndose de un hecho por otro.
- Pago de una obligación parciaria como solidaria o indivisible.
- Pago de una obligación sujeta a condición suspensiva antes de verificarse la condición.⁵⁰

Respecto al pago de «cosa cierta distinta», De los Mozos señala: «En este caso se trata también de un pago de lo indebido por no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 1157,⁵¹ procediendo la devolución.

(ARGIROFFI, Carlo. *Ripetizione di cosa determinata e acquisto «a domino» della proprietà*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 9).

⁴⁹ En este sentido BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Repetición del pago de lo que no se debe*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981, p. 70.

⁵⁰ Artículo 173.- «[...] El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria».

⁵¹ El artículo 1157 del Código Civil español señala: «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiera entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía».

En cambio, cuando no existe error, a pesar de que haya sido entregada y aceptada una cosa distinta de la debida originariamente, tiene lugar una *datio in solutum* y el pago está bien hecho». ⁵² En efecto, si ambas partes están de acuerdo en que se ejecute una prestación distinta a la debida, se produce una dación en pago. ⁵³

El «pago en exceso» constituye un «pago indebido». En este caso, existe causa pero el *solvens* entrega al *accipiens* una cantidad mayor a la debida, el error consiste precisamente en realizar el desplazamiento patrimonial con la equivocada creencia de que la cantidad debida era mayor. La obligación de restituir se refiere únicamente al exceso, el cual, precisamente, no es debido.

No obstante, en la Casación n.º 2303-98 publicada el 2 de enero de 2001, se señala lo siguiente:

Que tampoco es de aplicación a este caso el artículo mil doscientos setenta y cuatro del Código Civil que señala el plazo de cinco años para imponer la acción para recuperar lo indebidamente pagado porque se califica así al pago que no se [sic] debió haberse hecho lo que no es asimilable con el supuesto de que la empresa cobre en exceso a los usuarios que es distinto del pago de lo que no se debe o el pago que no corresponde a ninguna obligación legal y se ha hecho por error; en este caso sí había obligación de pago, pero de una suma menor, pudiéndose cobrar el exceso por el usuario.

Como puede apreciarse la casación citada distingue el «pago en exceso» del «pago indebido». Así, para dicha casación, el «pago en exceso» supone la existencia de una «obligación de pago, pero de una suma menor» mientras que el «pago indebido» es un «pago de lo que no se debe». Hay una evidente contradicción, pues, usando los mismos términos, lo pagado en exceso es un pago de lo que no se debe.

⁵² DE LOS MOZOS, José Luis. «Pago o cobro de lo indebido». En *Revista de Derecho Privado*. *Ob. cit.*, p. 657.

⁵³ Artículo 1265.- «El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse».

Según Cazeaux y Trigo Represas «sólo es verdaderamente pago por error el que se cumplimenta entre partes ligadas obligacionalmente, pero con una prestación distinta a la debida o con equivocación en cuanto a ciertas modalidades circunstanciales».⁵⁴ En tal sentido, de acuerdo a los autores argentinos, el pago en exceso (obligación de dar una suma de dinero donde se entrega una mayor cantidad) es un «pago indebido».

Para nosotros, como ya mencionamos, el error en el «pago indebido» puede ser absoluto o relativo. En el error absoluto el *solvens* cree que realmente está obligado sin estarlo, en cambio, en el error relativo el *solvens* si está obligado, pero se equivoca respecto de alguno de los elementos, así, por ejemplo, cuando el error recae en la cantidad y se paga más de lo que se debe. El «pago en exceso» es, sin lugar a dudas, un desplazamiento patrimonial sin causa por error, vale decir, un «pago indebido».

De los Mozos se refiere al pago con desconocimiento de que la obligación tenía carácter alternativa: «Cuando la elección corresponde al deudor (artículo 1132 del Código Civil)⁵⁵ y éste haya pagado ignorando que le correspondía este derecho, podrá pedir la restitución por haberse realizado la prestación con desconocimiento de lo que es esencial en el vínculo jurídico de la obligación alternativa, según el artículo 1131 del Código Civil».⁵⁶

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Los tres casos que planteamos en nuestro ejemplo inicial fueron:

⁵⁴ CAZEAUX, Pedro y Félix A. TRIGO REPRESAS. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. La Plata: Librería Editora Platense, 1986, tomo 2, p. 516.

⁵⁵ El artículo 1132 del Código Civil español establece: «La elección corresponde al deudor, a menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor...». Similar al artículo 1162 del Código Civil.

⁵⁶ DE LOS MOZOS, José Luis. «Pago o cobro de lo indebido». En *Revista de Derecho Privado*. *Ob. cit.*, p. 658. El artículo 1131 del Código Civil español: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas...». Similar al artículo 1161 del Código Civil.

- 1) Controversias que tengan por objeto la restitución de lo pagado en exceso.
- 2) Controversias que tengan por objeto la resolución del contrato por incumplimiento y como consecuencia de ello se pretenda la restitución de las prestaciones ejecutadas; y,
- 3) Controversias que tengan por objeto la nulidad el contrato y como consecuencia de ello se pretenda la restitución de las prestaciones ejecutadas.

El fundamento de derecho de las pretensiones restitutorias en las controversias antes señaladas es el artículo 1267 del Código Civil: el pago indebido.

El pago indebido supone un desplazamiento patrimonial sin causa por error y, por tanto, conforme a lo previsto en el artículo 1267 del Código Civil, constituye una fuente heterónoma de relaciones obligatorias.

En los casos señalados, los desplazamientos patrimoniales se realizan con ocasión de una relación jurídica contractual determinada (la que surge del contrato entre *Primus* y *Secundus*); es decir, se derivan de la relación jurídica contractual a la que se refiere el convenio arbitral.

Veamos. El pago en exceso es un desplazamiento patrimonial por error relativo; es decir, que en este caso existe título (la relación contractual entre *Primus* y *Secundus*). En el caso de la resolución y la nulidad hay un desplazamiento patrimonial por error absoluto (*condictio ob causam finitam*). En la resolución existe título *ab origine* (la relación contractual entre *Primus* y *Secundus*) que luego desaparece. En la nulidad, es cierto, hay ausencia de título *ab origine*, pero hay una apariencia de acto (el «celebrado» por *Primus* y *Secundus*).

Esto no significa que todos los casos de pago indebido se realizan con ocasión de una relación jurídica contractual así, por ejemplo, el

caso del «desplazamiento patrimonial no debido»; vale decir, el que realiza el *solvens* sin que exista una relación obligatoria.

No creemos válido sostener que los árbitros sí pueden pronunciarse, por ejemplo, respecto a la pretensión para que se declare la resolución del contrato, pero no respecto a la pretensión de restitución de las prestación ejecutada por la parte demandante por considerar que esta última se basa en una fuente heterónoma de relaciones obligatorias: el pago indebido.

Por consiguiente, si las partes deciden someter a arbitraje «todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico...»⁵⁷ están comprendiendo las cuestiones extracontractuales derivadas de dicho acto jurídico.

⁵⁷ Así la Cláusula Modelo de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

PLAZOS DE CADUCIDAD PARA SOLICITAR EL ARBITRAJE
ADMINISTRATIVO EN LAS CONTRATACIONES ESTATALES DEL PERÚ

Juan Peña Acevedo

PLAZOS DE CADUCIDAD PARA SOLICITAR
EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN LAS
CONTRATACIONES ESTATALES DEL PERÚ

*Juan Peña Acevedo**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Plazos para solicitar el inicio de un arbitraje.— 2.1. Los plazos de caducidad.— 2.2. Argumentos a favor y en contra de la fijación de plazos de caducidad por vía reglamentaria.— 2.2.1. Argumentos en contra de la fijación de plazos de caducidad por vía reglamentaria.— 2.2.2. Argumentos a favor de la fijación de plazos de caducidad por vía reglamentaria.— 3. A manera de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia en el año 1998 de la Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, LCAE), se produjo un cambio trascendental en la regulación de las contrataciones estatales en el Perú, comenzando por la unificación del tratamiento de éstas en un solo cuerpo normativo, el cual introdujo novedosas instituciones que modernizaron dichas contrataciones. Una de estas instituciones es el arbitraje administrativo. Si bien actualmente la LCAE ha sido derogada, la actual Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo n.º 1017 y publicada el 4 de junio de 2008

* Juan Peña Acevedo, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, Centro de Arbitraje de la PUCP, Colegio de Abogados de Lima y otras importantes instituciones arbitrales.

(en adelante, LCE) mantiene esa tendencia modernizadora a través de las instituciones incorporadas por la LCAE.

Así, desde la vigencia de la LCAE existe un tratamiento distinto para la solución de las controversias derivadas de los procesos de selección convocados por el Estado, teniendo en cuenta el momento en que surge la controversia. Las divergencias suscitadas hasta antes de la suscripción del contrato se prevén resolverlas por la vía administrativa y a través de la utilización de los medios impugnatorios previstos en la propia ley, su reglamento y la legislación administrativa aplicable; y, de ser el caso, se podrá recurrir a la vía judicial (acción contencioso-administrativa).

Para las controversias surgidas luego de suscrito el contrato, se ha previsto el uso de la conciliación (facultativa) y el arbitraje administrativo (obligatorio) como las vías idóneas para solucionarlas.¹

Hasta antes de la entrada en vigencia de la LCAE, el ámbito de aplicación del arbitraje resultaba casi completamente ajeno a cualquier esfera pública, pues siempre se pensó que dicho mecanismo era de uso exclusivo para relaciones privadas y básicamente comerciales. Por esta razón, no fueron pocas las dudas que se generaron respecto a su eficiencia como mecanismo de solución de controversias en este ámbito de contratación.

Sin embargo, a más de once años de la entrada en vigencia de la LCAE, consideramos que el balance es positivo, pues entre otras cosas, se ha agilizado la solución de controversias. Las partes tienen la oportunidad de elegir a las personas que resolverán sus controversias, se promueve la especialización de los profesionales que participan en las

¹ El Reglamento de la LCAE, aprobado por Decreto Supremo n.º 039-98-PCM, en su texto primigenio facultaba a las partes a emplear otros mecanismos alternativos de solución de conflictos como la negociación asistida y el peritaje (ver artículos 134, 158 y 159).

controversias, sea como litigantes o árbitros y, por último, se contribuye con la descongestión de causas en el Poder Judicial, reduciendo así costos sociales.

Pese a ello, el traslado del arbitraje, una institución típicamente privada, a una esfera pública, como es la contratación con el Estado, ha generado también desencuentros y ha dado lugar a interesantes discusiones. Dentro de éstas, una que se mantiene, aun con la dación de la LCE, es la referida a los plazos establecidos en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 184-2008-EF y publicado el 1 de enero de 2009 (en adelante, RLCE) para solicitar el inicio de un arbitraje administrativo.

Teniendo en cuenta que hubiese sido conveniente una precisión normativa con rango de ley que permitiera establecer los efectos de tan singular limitación temporal, a continuación revisaremos algunos conceptos relacionados con los mencionados plazos para solicitar el arbitraje establecido en el RLCE y analizaremos argumentos a favor y en contra de su fijación en vía reglamentaria.

2. PLAZOS PARA SOLICITAR EL INICIO DE UN ARBITRAJE

La LCE establece en su artículo 52 que el arbitraje debe solicitarse «en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista [...]». (El subrayado es nuestro).

A su turno, el RLCE fija diversos plazos específicos para que se pueda solicitar el arbitraje, señalando en su artículo 215 que «Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley». Dichos plazos específicos son los siguientes:

- Artículo 144: Nulidad de oficio del Contrato (15 días hábiles desde la notificación de la declaración de nulidad por parte de la entidad).
- Artículo 170: Resolución del Contrato (15 días hábiles después de notificada la resolución).
- Artículo 175: Ampliación del plazo contractual (15 días hábiles después de notificada la decisión).
- Artículo 179: Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra (5 días posteriores a la notificación de la entidad en la que se señale que no se acogen las observaciones del contratista).²
- Artículo 199: Valorizaciones y metrados en obras (15 días hábiles después de surgida la controversia si la valorización supera el 5% del contrato actualizado).³
- Artículo 201: Ampliación de plazos en obras (15 días hábiles después de notificada la decisión).

² Si bien el artículo 215 del RLCE menciona al artículo 177, la referencia correcta es al artículo 179, pues es ésta la que establece un plazo para la solicitud de arbitraje. El artículo 177 se refiere a los efectos de la conformidad a la prestación que otorga la entidad.

³ Este artículo menciona que dentro de dicho plazo es posible iniciar un procedimiento de «conciliación o arbitraje» (cursiva nuestra). Redacción igual a la prevista en el artículo 40, literal b), y 52 de la LCE, pero distinta a la de los otros artículos mencionados en el artículo 215 del RLCE que se refieren a «conciliación y/o arbitraje» (cursiva nuestra). Lo expuesto podría llevar a interpretar que en el caso de lo previsto en la LCE y el artículo 199 del RLCE la intención del legislador es hacer excluyente el uso de las vías de conciliación o arbitraje y que los otros artículos mencionados en el artículo 215 del RLCE no respetan lo dispuesto en la LCE al permitir, a través del uso de la conjunción «y» el uso de ambos mecanismos de solución de controversias para una misma controversia. Sin embargo, teniendo en cuenta que el empleo de la conciliación puede llevar a un resultado sin acuerdo, de no permitirse el arbitraje, la controversia quedaría sin solución. En consecuencia, parece razonable considerar que ambas vías no sean excluyentes.

- Artículo 209: Resolución del Contrato en obras (10 días hábiles a la notificación de la resolución).⁴
- Artículo 210: Recepción de la obra (15 días siguientes al pronunciamiento de la entidad).
- Artículo 211: Liquidación del Contrato de obra (15 días hábiles posteriores a la notificación de la disconformidad con las observaciones planteadas por la otra parte).

Es decir, la LCE establece como plazo de caducidad para solicitar un arbitraje, el de la culminación del contrato.⁵ Luego de dicho momento, deberían desestimarse por caducos los reclamos relacionados con controversias suscitadas desde la suscripción del contrato y durante su ejecución. Sin embargo, el RLCE establece plazos de caducidad especiales no mayores a 15 días hábiles para que las partes puedan solicitar arbitrajes en determinados supuestos. Estos plazos establecidos por el RLCE, en muchos casos vencen antes de la culminación del contrato prevista en la LCE.

2.1. Los plazos de caducidad

La caducidad es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material por la inactividad del titular

⁴ Este artículo menciona que dentro del plazo señalado «cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el Contrato». De dicha redacción parece deducirse que es posible establecer mecanismos de solución de controversias distintos a la conciliación o arbitraje por vía contractual. Llama la atención que no guarde la misma redacción del resto de artículos mencionados en el artículo 215 del RLCE, en los cuales se hace mención a la posibilidad de las partes de recurrir solamente a «conciliación y/o arbitraje».

⁵ La LCE prevé en su artículo 42 que el contrato culmina con el pago por los servicios o bienes entregados a la entidad, previa conformidad de éstos. Además, en el caso de los contratos de ejecución y consultoría de obras, el contrato culmina con el pago luego de haber quedado consentida la liquidación.

de dicho derecho, privándosele de aquél, luego de transcurrido el «plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares».⁶

La caducidad pretende dar seguridad jurídica a los titulares efectivos de los derechos, a fin de que un deber o deuda no les sea siempre exigible, pues ello plantearía a la sociedad gravísimos problemas limitando por ejemplo la transferencia de bienes o derechos. Felipe Osterling y Mario Castillo, refiriéndose a la caducidad y también a la prescripción, señalan que «la razón de ser de estas instituciones debe buscarse en exigencias de orden social. En efecto, es socialmente útil, en interés de la certeza de las relaciones jurídicas, el que un derecho sea ejercido; de manera que si no es ejercido, debe considerarse como renunciado por el titular».⁷

Normalmente, se espera cierta diligencia mínima de quien goza de una protección jurídica determinada, pero si el titular de un derecho no lo protege dentro de un plazo determinado, es por negligencia o desinterés, por lo cual no debe continuar con la protección otorgada por el ordenamiento jurídico, correspondiendo, más bien, beneficiar al deudor o al que tiene un deber eximiéndolo de su cumplimiento.

La inactividad del titular del derecho tiene que ver con el concepto de *carga*, la cual se define como «un poder o facultad de ejercitar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción o coacción, y sin que exista otro sujeto que tenga un derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables».⁸ Las *cargas* pueden tener un origen legal o convencional.

⁶ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En *Arbitraje y Debido Proceso*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Editorial Palestra, 2007, vol. 2, p. 121.

⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p.137.

⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «Los cargos del acreedor en el Derecho Civil y Mercantil». Madrid: Editorial Montecarvo, 1988. En *Materiales de lectura del*

Los plazos de caducidad regulados en la LCE y su reglamento son una *carga* para la entidad o el contratista que considere que se ha vulnerado alguno de sus derechos durante la ejecución contractual, correspondiendo al interesado solicitar el inicio del arbitraje a fin de evitarse consecuencias desfavorables, como sería el consentimiento respecto al acto que considera vulneratorio de alguno de sus derechos que pudo controvertir en la vía arbitral.

La caducidad ha sido regulada en el Código Civil, tal como el artículo 2003 lo indica: «La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente». Si se revisa el mencionado artículo, podemos señalar que la referencia a «la acción» corresponde más bien a «la pretensión», pues el derecho de acción es un derecho subjetivo que no se extingue,⁹ mientras que el concepto de *pretensión* ha sido desarrollado básicamente en el ámbito del Derecho Procesal Civil, señalándose que se trata de una exigencia material contra otra persona que es resistida por ésta. Si esa pretensión material no es satisfecha, el titular del derecho en ejercicio de su derecho de acción, recurrirá a la jurisdicción, convirtiendo su pretensión material en pretensión procesal.¹⁰

Por otro lado, la extinción del derecho material tiene como consecuencia lógica la extinción de la pretensión («acción» en los términos del artículo 2003 del Código Civil), siendo por esto la caducidad de

curso de Derecho Civil Patrimonial I del profesor Carlos Cárdenas. Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima, 1996, p. 168.

⁹ Al respecto, Fernando Vidal Ramírez comenta el artículo 2003 del Código Civil y señala: «[...] la acción es el derecho de recurrir a la instancia jurisdiccional y que, por ello, es un derecho subjetivo. Por ello, la norma debe entenderse no referida propiamente a la acción sino a la pretensión, que es la expresión de la exigibilidad del derecho que se quiere hacer valer mediante el ejercicio de la acción». *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, junio 2005, tomo X, p. 342.

¹⁰ MONROY GÁLVEZ, Juan. *La formulación del proceso civil peruano (escritos reunidos)*. Lima: Editorial Palestra, 2004, 2.^a Ed. aumentada, p. 226.

más amplios efectos que la prescripción, la cual únicamente extingue la pretensión.¹¹

Aun cuando la aplicación de los conceptos mencionados en el artículo 2003 del Código Civil al arbitraje administrativo puedan ser cuestionados, podemos decir que la caducidad, si bien no extingue la posibilidad de presentar una petición de arbitraje (como no se extingue la posibilidad de presentar una demanda ante el Poder Judicial), sí extinguiría el derecho del peticionante a resolver la controversia en la vía arbitral y la pretensión material que tenía, y que luego pudo convertirse en una pretensión *procesal* (arbitral), a través de la presentación oportuna de una petición de arbitraje.¹²

2.2. *Argumentos a favor y en contra de la fijación de plazos de caducidad por vía reglamentaria*

Seguidamente, alcanzamos el análisis de algunos de los argumentos en contra y a favor de los plazos para pedir el arbitraje previsto en el RLCE:

2.2.1. *Argumentos en contra de la fijación de plazos de caducidad por vía reglamentaria*

- *Primer argumento*

¹¹ El artículo 1989 del Código Civil señala: «La prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo».

¹² Rodríguez Ardiles, al referirse a la caducidad prevista en la LCAE señala que «la caducidad en términos del artículo 2003 del Código Civil, se define como el instituto que «extingue el derecho y la acción correspondiente»; esto es, en el caso específico bajo análisis, el derecho a recurrir a la jurisdicción arbitral para solucionar una controversia existente por no haberlo ejercitado en la oportunidad debida, y que tiene como consecuencia directa que la decisión no controvertida quede consentida». En RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. «La caducidad del Arbitraje en la Contratación con el Estado». En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima, 2006, n.º 1, p. 334.

La legalidad de los plazos de caducidad incorporados por el RLCE para el inicio de los arbitrajes (y, anteriormente, en el reglamento de la LCAE) fue cuestionada debido al rango de la norma que los fija (Decreto Supremo), señalándose que la fijación de dichos plazos transgredía la ley, pues éstos no podían ser introducidos en vía reglamentaria por ser ésta una prerrogativa reservada para normas con rango de ley,¹³ entendiendo a éstas en su sentido estricto.¹⁴ También se mencionó que conforme al artículo 118 de la Constitución Política del Estado, la potestad de reglamentar las leyes no implicaban en forma alguna que se pueda transgredir ni desnaturalizar la norma reglamentada.¹⁵

Así, entre otros, García Calderón, refiriéndose al artículo 186 del Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM (antiguo Texto Único Ordenado de la LCAE), que contenía un plazo de caducidad, también en una norma reglamentaria, consideraba que dicho plazo era incorrecto e ilegal, pues estos plazos se encontraban regulados en el Código Civil, no siendo posible establecerlos a través de normas de inferior jerarquía como un decreto supremo, pues ello dejaría en indefensión al interesado recortarse el derecho de acceso a la justicia.¹⁶

El valerse del razonamiento antes mencionado implica que los árbitros utilicen el control difuso durante el arbitraje. El control difuso

¹³ El artículo 2004 del Código Civil establece que: «Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario».

¹⁴ De acuerdo con el artículo 200, numeral 4, de la Constitución Política del Estado, las normas que tienen rango de ley son «leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales».

¹⁵ El artículo 118 de la Constitución Política del Estado establece que «Corresponde al Presidente de la República: [...] 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones».

¹⁶ GARCÍA CALDERÓN, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Ius et Praxis*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, 2001, n.º 32, p. 146.

es una de las formas de control constitucional de las normas,¹⁷ por el cual, los órganos encargados de aplicarlas en caso de conflicto entre una norma que contravenga la Constitución y una de inferior jerarquía, deben preferir a la primera e, igualmente, deben preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior (artículo 138 de la Constitución) y más aún si la Constitución reconoce el principio de legalidad que indica que «en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución».¹⁸ Por esta razón, está claro que el control difuso permite inaplicar normas que al reglamentar una ley la desnaturalicen o transgredan.

Inicialmente, existió una corriente que cuestionaba la posibilidad de que los árbitros pudiesen aplicar el control difuso. Santistevan de Noriega señalaba que «a nuestro juicio resulta sumamente forzado admitir que los árbitros —quienes ejercen circunstancialmente jurisdicción por mandato de las partes para resolver controversias sobre derechos fundamentalmente dispositivos, como lo señala la Ley de Arbitraje— tengan como potestad el control difuso de la constitucionalidad».¹⁹ También Rodríguez Ardiles se preguntaba «si los árbitros en el ejercicio de su función jurisdiccional están obligados a dar cumplimiento a lo que prescribe el artículo 138 de la Constitución del Estado, respecto a que en caso de incompatibilidad debe preferirse la norma legal sobre cualquier otra norma de rango inferior, o, por el contra-

¹⁷ El otro mecanismo de control constitucional es el control concentrado. A través de este se crean órganos constitucionales que específicamente ejercen el control de la constitucionalidad de las leyes. En el caso peruano el control concentrado lo ejerce el Tribunal Constitucional. El artículo 201 de la Constitución Política del Perú señala que: «El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución».

¹⁸ Sexto Considerando de la sentencia del Tribunal Constitucional, expediente n.º 3741-2004-AA/TC, en el proceso iniciado por Ramón Salazar Yarleque contra la Municipalidad de Surquillo. En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html> 2010.03.11, 18hrs.48min.11seg

¹⁹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional Peruano». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2006, n.º 2, p. 38.

rio, esta facultad no les es aplicable». ²⁰ Sin embargo, ello ha sido superado y actualmente existe un consenso respecto a la posibilidad de aplicar el control difuso por los árbitros, ²¹ quienes al estar obligados a respetar y cumplir la Constitución no podrían hacerlo si no tienen la facultad de inaplicar normas contrarias a ella. También se señala que no es una facultad sino un deber de los árbitros el aplicar el control difuso, más aún si se trata de un arbitraje de derecho, como es el caso de los arbitrajes derivados de la aplicación de la LCE, ²² cuyo incumplimiento sería sustento suficiente para cuestionar un laudo arbitral en sede constitucional. ²³

En virtud de lo expuesto, utilizando el control difuso previsto en la Constitución, los árbitros pueden inaplicar el RLCE si lo consideran ilegal o inconstitucional.

Esto ha llevado a que muchos árbitros, al amparo de la previsión estricta establecida en la LCE que señala que se puede solicitar el arbitraje en cualquier momento anterior a la culminación del contrato, den trámite a peticiones de arbitraje iniciadas luego de vencidos los plazos señalados en el RLCE, pero dentro de los plazos más amplios fijados en la LCE. De esta forma, se acepta que el RLCE es ilegal en este extremo al haber transgredido la norma que reglamentaba, la LCE.

²⁰ RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. *Op. cit.* p. 337.

²¹ Ver: RIVAROLA, Domingo. «Comentarios de la sentencia del Tribunal Constitucional: Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2006, n.º 2, pp. 577-578. LANDA, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thémis*. Revista de derecho. Lima, 2007, n.º 56, p. 33. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Tribunal Constitucional y Arbitraje: Improcedencia del amparo contra resoluciones y laudo arbitrales, el control difuso en sede arbitral y tratamiento de la recusación del tribunal arbitral *in toto* del Perú». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2007, n.º 4, p. 42.

²² La LCE señala en su artículo 52, segundo párrafo: «El arbitraje será de derecho».

²³ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «El control difuso en la jurisdicción arbitral». En *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima, 2006, n.º 91, pp. 23-244.

- *Segundo argumento*

Se ha esbozado un segundo argumento en contra de la aplicación estricta de los plazos fijados en el RLCE para solicitar el arbitraje. Éste consiste en que por razones de naturaleza práctica y económica no es conveniente iniciar múltiples arbitrajes, pues de permitirse la aplicación de los plazos fijados en el RLCE la parte afectada, para evitar que su derecho caduque, se vería obligada a plantear tantos arbitrajes como conflictos se presenten en la ejecución contractual, sin importar su cuantía o complejidad, con lo cual, además de permitir la existencia de una multiplicidad de arbitrajes se tendrán menos incentivos para llegar a acuerdos en vía de trato directo.²⁴

Al respecto, consideramos que el cuestionamiento no es completamente acertado por las siguientes razones:

1. En primer lugar, porque la presentación de una petición de arbitraje no impide que las partes puedan llegar a algún acuerdo para solucionar las controversias de manera directa, a través de una conciliación o transacción.
2. En segundo lugar, porque el solicitar un arbitraje no implica necesariamente que el tribunal arbitral se instale y que se requiera presentar una demanda. Es más, en un arbitraje *ad-hoc*, por ejemplo, el afectado puede pedir el arbitraje, el emplazado puede contestarse la petición de arbitraje, pueden designarse a los árbitros, pero si las partes no solicitan al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) la instalación del tribunal arbitral, el arbitraje no continuará. En el caso de los arbitrajes institucionales

²⁴ Rodríguez Ardiles señala que «la norma reglamentaria cuando impulsa indefectiblemente el inicio del proceso arbitral impide que las partes puedan, luego de señalada la diferencia de criterios, tener una etapa de diálogo que pueda conllevar a una solución a la situación creada». RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. *Op. cit.*, pp. 336-337.

les, el tema podría resultar algo más complicado si los reglamentos arbitrales prevén normas internas de impulso para la instalación de los tribunales. Sin perjuicio de ello, en ambos tipos de arbitrajes, las partes pueden también acordar la suspensión del arbitraje, quedando a la espera de la eventualidad de que se susciten nuevas controversias que permitan una acumulación y tramitación conjunta en un solo arbitraje.

3. Como se ha mencionado, en los arbitrajes es posible solicitar la acumulación de las controversias o pretensiones, con lo cual la multiplicidad de arbitrajes puede reducirse a un arbitraje.²⁵ En los arbitrajes *ad-hoc* regulados por la LCE y su reglamento, para proceder a la acumulación, se requiere a) la existencia de un arbitraje en trámite, b) el surgimiento de una nueva controversia sobre el mismo contrato y c) la petición de una de las partes a los árbitros.

La LCE permite a los árbitros decidir si aceptan o deniegan la acumulación, cuando ésta se pida, estando en ejecución la etapa probatoria en el arbitraje en trámite. Antes del inicio de la etapa probatoria deben aceptar la acumulación y luego de culminada la etapa probatoria no cabe la acumulación.

La LCAE y su reglamento no decían nada al respecto, por lo que los árbitros podían aceptar la acumulación, aun después de vencida la etapa probatoria.

²⁵ El artículo 52, cuarto párrafo de la LCE dice: «Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato y tratándose de arbitraje *ad-hoc*, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el primer párrafo del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se podrá establecer que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación».

La Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1071 que entró en vigor el 1 de septiembre de 2008, y resulta de aplicación supletoria a los arbitrajes tramitados al amparo de la LCE,²⁶ regula el tema de la acumulación en su artículo 39, numeral 3, señalando lo siguiente:

Artículo 39.- Demanda y contestación [...]

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. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

En consecuencia, a fin de evitar la multiplicidad de arbitrajes, las partes pueden hacer uso de mecanismos como los acuerdos de suspensión del arbitraje o hacer pedidos de acumulación de las pretensiones en los arbitrajes que se encuentran en trámite, los cuales se encuentran permitidos por la LCE, la Ley de Arbitraje y los Reglamentos de los centros de arbitraje. Por ello, el argumento de la eventual multiplicidad de arbitrajes y sus inconvenientes prácticos y económicos puede ser mediatizado haciendo uso de los mecanismos de suspensión y acumulación.²⁷

- *Tercer argumento*

Parte de una interpretación literal del texto del artículo 52 de la LCE y los artículos del RLCE que fijan los plazos para solicitar el arbitraje (men-

²⁶ El artículo 52, octavo párrafo de la LCE dice: «Asimismo, los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento».

²⁷ Es pertinente mencionar que dentro del marco de la Ley de Arbitraje «la consolidación de dos o más arbitrajes» no es posible ordenarse por los árbitros, salvo acuerdo de partes (artículo 39, numeral 4).

cionados en el artículo 215). Como se sabe la interpretación literal parte de desentrañar el significado de las palabras contenidas en las normas. Así, los que suscriben este argumento afirman que no existe incompatibilidad entre los plazos señalados en la LCE y los de su reglamento.

Se señala que el artículo 52 de la LCE (y el artículo 53, numeral 53.2 de la LCAE) contiene un mandato de cumplimiento obligatorio, que consiste en la obligación del contratista o de la entidad de iniciar el arbitraje antes de la culminación del contrato, ello se desprende del texto expreso de las mencionadas normas, pues éste precisa que las controversias se solucionarán a través de conciliación y/o arbitraje «*debiendo* solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato». (La cursiva es nuestra).

Sin embargo, agregan que, por otro lado, el RLCE otorga, en los diversos artículos que fijan plazos menores para solicitar el arbitraje, una facultad que puede o no ser ejercida por el beneficiario de ésta. Efectivamente, si uno revisa los artículos del RLCE mencionados en el artículo 215 de la misma norma, se podrá percatar de que en aquéllos que corresponda, se menciona que las partes «podrán» solicitar el arbitraje en los plazos fijados en el RLCE, término distinto al imperativo «debiendo» consignado en la LCE.

Por ejemplo, analizando el artículo 232 del RLCE, relativo a las ampliaciones de plazo, un Tribunal Arbitral señalaba que «el arbitraje puede ser iniciado dentro de los 15 días siguientes a dicho evento (*comunicación de la decisión por la entidad*), lo que importa la posibilidad de que el interesado puede o no ejercerla dentro de ese plazo, dado que no se ha establecido como obligación (porque para tal caso la norma tendría que utilizar el verbo imperativo «deber» y no el facultativo «poder»). En consecuencia, la acción y el derecho del contratista no deben entenderse incursos en caducidad si no hubiera ejercido la opción facultativa de iniciar el arbitraje». (La cursiva y agregado son nuestros).²⁸

²⁸ Laudo expedido por Iván Galindo Tipacti (Presidente), Horacio Cánepa Torre y

El argumento esbozado resulta interesante, pero es pertinente también mencionar que acogerlo implicaría en la práctica dejar sin razón de ser a los plazos fijados en el RLCE, pues su mención resultaría intrascendente teniendo en cuenta la existencia del plazo mayor fijado en el artículo 52 de la LCE.

2.2.2. *Argumentos a favor de la fijación de plazos de caducidad por vía reglamentaria*

- *Primer argumento*

El principal argumento de defensa de los plazos fijados en el reglamento es la existencia de la especificidad y especialidad de las normas del Derecho Administrativo, que en el caso de las contrataciones estatales está recogido en el artículo 5 de la LCE, que dice: «El presente Decreto Legislativo *y su Reglamento* prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables».²⁹ (Las cursivas son nuestras). Al comentar similar artículo de la legislación anterior, Kundmüller y Pérez-Rosas señalan que, para «los medios de solución de controversias, en la etapa de ejecución de los contratos adscritos al marco normativo, este artículo dispone en forma expresa, y con rango de ley, que la regulación sobre estas materias será de aplicación necesaria y preeminente, tanto en lo que concierne a la ley como en lo que concierne al reglamento».³⁰ Y agregan

María Hilda Becerra Farfán, el 20 de octubre de 2008. En el arbitraje seguido por Sekur Perú S.A. contra el Ministerio de Defensa-Marina de Guerra del Perú.

²⁹ El artículo 5 de la LCAE señalaba: «La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables».

³⁰ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y Juan José PÉREZ-ROSAS. «El arbitraje administrativo en Contrataciones del Estado». En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima, 2006, n.º 1, p. 30.

En igual sentido, KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en el marco normativo sobre contrataciones y adquisiciones del Estado: El arbitraje en Derecho Administrativo». En *Revista Jurídica del Perú*. Lima, octubre 2003, año LIII, n.º 51, p. 225.

que «desde el Derecho Público peruano, éste constituye un mandato imperativo e irrenunciable para las partes que se encuentren sujetas al marco normativo»,³¹ precisando que la remisión efectuada se hace desde una norma con rango de ley y de Derecho Público hacia el reglamento aprobado por un Decreto Supremo, que es también una norma de Derecho Público.³²

El mandato contenido en el artículo 5 de la LCE ha sido reiterado especialmente por dicha ley en lo que respecta al arbitraje. Así, en el artículo 52, segundo párrafo se señala: «*El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia, en la aplicación del derecho*». (Las cursivas son nuestras). Con lo cual el legislador ha reiterado que para la aplicación de las normas a una controversia en el caso de contrataciones estatales, primero se estará a lo que dispongan las normas de derecho público (entre ellas, la LCE y su reglamento) antes que las de derecho privado (entre ellas el Código Civil y la Ley de Arbitraje).

Los criterios de especialidad y especificidad han permitido, por ejemplo, que se acepte que incluso en arbitrajes de derecho los integrantes de un tribunal arbitral, salvo el presidente o árbitro único, no sean abogados, norma especial que, si bien ahora se encuentra contenida en la LCE (artículo 52), antes estuvo regulada en el RLCAE que señalaba que: «El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados» (artículo 278), permitiendo que los otros miembros del tribunal arbitral no sean abogados, en clara contravención a lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje, aprobada por Ley n.º 26572, que establecía que «El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados» (artículo 25). El Poder Judicial ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de esta norma

³¹ *Ibid.*, p. 31.

³² *Ibid.*, p. 37.

especial señalando que «en el caso particular, *es de aplicación el artículo 53 del TUO de la Ley n.º 26850 y el artículo 189 de su Reglamento, por ser norma de carácter especial, mas no el artículo 25 de la Ley n.º 26572, por ser una norma de aplicación supletoria*. Por tanto, de acuerdo a la norma especial es posible que un tribunal arbitral sea integrado por árbitros no abogados, a condición de que su presidente sea abogado». ³³ (La cursiva es nuestra).

Como se puede advertir, la aplicación de los criterios de especificidad y especialidad mencionados, permite determinar la prevalencia de los criterios normativos contenidos en la LCE y su reglamento respecto de normas generales. Así los plazos de caducidad establecidos en la LCE y su reglamento prevalecerán sobre las normas de derecho común, como son las referidas, inclusive a la caducidad reguladas en una norma con rango de ley, como es el Código Civil (norma de Derecho Privado), aplicando para ello similar razonamiento al que ha sido expuesto para el caso de la designación de no abogados como árbitros para resolver arbitrajes de derecho en la contratación estatal.

- *Segundo argumento*

Está relacionado con el actuar de buena fe que se encuentran obligadas a respetar las partes de una relación contractual. Al respecto, el artículo 1362 del Código Civil dice que «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

Este obrar de buena fe exige de las partes un comportamiento coherente y consistente ajeno a cambios de parecer perjudiciales. Es decir, si un postor (luego contratista) dentro de una relación jurídica —como es la participación en un proceso de contratación estatal y la

³³ Sentencia de fecha 8 de mayo de 2003. Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente n.º 1502-02. Citada por KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz y Juan José PÉREZ-ROSAS, p. 32.

posterior ejecución del contrato que se derive— suscita en la otra parte (entidad estatal) una confianza de que un derecho será ejercido en determinado sentido, debe mantenerse dicha confianza, siendo contraria a la buena fe una actuación incompatible con la conducta inicial.

La aceptación de los postores de someter la solución de controversias a una vía arbitral con especiales características no les es impuesta. Así, es pertinente mencionar que «el Estado al momento de ofertar la adquisición de bienes y servicios está en plena libertad de proponer el acceso al arbitraje como parte de sus condiciones. *Si algún particular libremente desea contratar con el Estado, pues tendrá que someterse a las condiciones de la oferta*, una de las cuales será el acceso al arbitraje. Por tanto, insistimos que (el arbitraje) de obligatorio no tiene nada».³⁴ (La cursiva es nuestra).

En el caso de los plazos fijados en el RLCE para solicitar el inicio de un arbitraje, conviene tener en cuenta que cuando los postores aceptan participar en el proceso de selección correspondiente, tienen pleno conocimiento de que las controversias que se susciten durante la ejecución contractual se solucionarán en la vía arbitral. Además, conocen con suficiente claridad la existencia de los plazos fijados en el RLCE para pedir el arbitraje, por lo que prudentemente tienen plena libertad de participar o no en dichos procesos, y en caso de decidir participar, trasladarán los costos que ello pueda significar principalmente a su propuesta económica, pues «desde el punto de vista económico no hay nada imprevisible. Todo es previsible a un costo determinado».³⁵

Resultaría contrario a la buena fe que, luego de suscrito el contrato se pretendan cuestionar la validez de dichos plazos; peor aún, sería

³⁴ CANTUARAS SALAVERRY, Fernando. «Participación del Estado Peruano en arbitrajes comerciales». En <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeestado.php> 2010.03.11, 18hrs.52 min.49seg.

³⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial». En *Thémis*. Revista de Derecho. Lima, 1993, Segunda Época, n.º 25, p. 82.

un eventual cuestionamiento de los plazos para solicitar el arbitraje por parte de la entidad, pues ella es quien, amparada en dicha norma inició el proceso de contratación.

Conforme a las reglas de la buena fe y la común intención de las partes, una vez suscrito el contrato, lo estipulado en él será obligatorio, no cabe que ninguna de las partes pretenda sustraerse al cumplimiento de alguna de sus estipulaciones, dentro de las cuales obviamente se encuentra la fijación de los plazos para pedir el arbitraje, contenidos en el RLCE.

- *Tercer argumento*

Un argumento adicional es el referido a la posibilidad que tienen las partes de establecer contractualmente plazos de caducidad.

De acuerdo al artículo 2004 del Código Civil, «los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario». Doctrinariamente se considera que es posible establecer contractualmente plazos distintos para la caducidad de un derecho cuando los acuerdos de los que derivan no contravengan a plazos de caducidad fijados imperativamente por ley.

Así lo señala Marcial Rubio al comentar el mismo artículo: «Dos cosas quedan claras de este artículo a nuestro juicio: la primera, que cuando la ley ha fijado plazos de caducidad, las partes no pueden pactar en contrario [...]. Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, aquí es posible que las partes fijen plazos de caducidad cuando no contravengan uno que haya sido establecido por ley. Hay que notar que existe una marcada diferencia entre el artículo 2004 referido a la caducidad y el 2000, que trata la misma materia en referencia a la prescripción. En este se dice: «Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción». El artículo 2000 está excluyendo que se fije plazos de prescripción por medios distintos de los de la norma legislativa con rango de ley [...]. Sin embargo, el artículo 2004 no establece taxativamente lo mismo, simplemente

se limita a decir que los plazos fijados por la ley no pueden ser modificados». ³⁶

El autor menciona «la fijación de plazos convencionales de caducidad en relación con derechos accionables fijados por las partes es perfectamente legítima y va de acuerdo con las disposiciones legales sobre actos jurídicos y contratos en lo referente a la autonomía de la voluntad frente a las leyes». ³⁷

En similar sentido opinaba Fernando Vidal Ramírez al señalar lo siguiente: «Así, pues al tenor del artículo 2004 consideramos que la norma no contiene una prohibición absoluta ni que tenga este carácter [...]. La prohibición, a nuestro entender, no prevalece cuando existe otra norma que permite pactar plazos de caducidad, pues el artículo 2004 no puede considerarse categórico. La norma del artículo 2004 debe entenderse referida a plazos fijados a priori, que es precisamente el elemento característico de la caducidad y solo así reconociéndosele su carácter imperativo puede prevalecer frente a la autonomía de la voluntad». ³⁸ Sin embargo, el citado autor ha cambiado de opinión ³⁹ y actualmente considera que los plazos de caducidad sólo se originan en una ley sin que haya lugar a su fijación por pacto. Agrega que los plazos originados en la autonomía de la voluntad son una modalidad del acto jurídico, que a su vencimiento deja sin efecto la eficacia del acto jurídico y extingue la relación jurídica creada con el derecho integrado a ella.

³⁶ RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, vol. VII, 3.ª Ed., p. 73.

³⁷ RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1987, pp. 38-39.

³⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La prescripción y la caducidad en el Código Civil Peruano*. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1985, p. 207.

³⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. En *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2005, tomo X, p. 344.

Pese al cambio de opinión de Fernando Vidal Ramírez, no niega la posibilidad de que, como una modalidad del acto jurídico, las partes de una relación contractual establezcan plazos menores a los de la caducidad prevista en la ley.

Por otro lado, también a nivel doctrinario, al desarrollarse el concepto de *cargas* al que nos hemos referido anteriormente, que se encuentra estrechamente vinculado a los plazos de caducidad, se admiten las cargas de constitución heterónoma (fijadas normativamente) y las de constitución autónoma, señalándose que estas últimas «proceden directamente del acuerdo de las partes del contrato y, en general, del negocio jurídico, de tal manera que no existirían si no mediase un específico convenio de las mismas en tal sentido, si bien es frecuente que figuren en contratos de adhesión».⁴⁰

A partir de los argumentos expuestos, se puede concluir que es posible, por acuerdo de partes, fijar plazos de caducidad para solicitar el arbitraje, siempre y cuando estos plazos no afecten a los fijados en la ley. La aceptación de estas *cargas autónomas* por parte de los contratantes con el Estado se da al participar voluntariamente en un proceso de selección que éste convoque, accediendo, entre otras, a la aplicación de las normas arbitrales previstas en el RLCE (el cual contiene los citados plazos de caducidad).

Por ello, es posible considerar que, además de su fijación por vía normativa, los plazos establecidos en el RLCE tienen un respaldo contractual,⁴¹ en el cual la voluntad de las partes permite establecer plazos para el inicio del arbitraje, los cuales, de ser incumplidos, imposibilitan a las partes la posibilidad de solucionar la controversia arbitralmente.⁴²

⁴⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Op. cit.*, p. 190.

⁴¹ Aun en el supuesto de que se considere que no es posible pactar plazos de caducidad, ello no niega la posibilidad de establecer plazos extintivos de derechos en vía convencional, como una modalidad del acto jurídico.

⁴² Comentando el plazo para el ejercicio de la acción en el arbitraje marítimo inter-

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Estando a lo expuesto, consideramos que si bien existen diversos argumentos para aceptar o rechazar la aplicación de los plazos de caducidad fijados en el RLCE, en las contrataciones del Estado, convendría que en futuras modificaciones a la LCE se hagan las precisiones necesarias que eviten diversas posibilidades de interpretación que, lamentablemente, crean incertidumbres que innecesariamente terminan trasladándose a los costos que tiene que asumir el Estado en sus contrataciones.

nacional Carlos Espluges ha señalado: «La voluntad de las partes imbuje el arbitraje en todas sus facetas [...]. Ello implica, en última instancia, que el procedimiento dependa en todos sus extremos de la voluntad de las partes y que, en consecuencia, éstas puedan incluso fijar plazos para el inicio del arbitraje. Plazos que de ser incumplidos generarán no sólo la imposibilidad de acudir a la instancia arbitral sino, incluso, de litigar ante los tribunales estatales». ESPLUGES MOTA, Carlos. «El plazo para el ejercicio de la acción en el arbitraje marítimo internacional». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2007, n.º 5, p. 255.

FÚTBOL, ARBITRAJE Y DERECHO DEPORTIVO

Augusto Millones Santa Gadea

FÚTBOL, ARBITRAJE Y DERECHO DEPORTIVO

*Augusto Millones Santa Gadea**

Sumario: 1. Fútbol.— 2. Fútbol y arbitraje.— 3. Arbitraje y Derecho Deportivo.

Un nuevo campeonato mundial de fútbol comienza, campeonatos que se iniciarán allá en el año de 1930 y para los que somos aficionados a este deporte, sin duda el más popular de todos los deportes en el Perú y el mundo, consideramos oportuno hacer algunas reflexiones desde nuestro particular punto de vista de aficionado a este deporte y abogado dedicado al arbitraje contractual.

Al igual que algunos, considero que el fútbol ha rebasado el concepto de solo deporte y llevado por su popularidad e importancia al nacimiento del Derecho Deportivo.

De otro lado, la Federación Internacional de Fútbol, Asociación FIFA como autoridad mundial del fútbol profesional, ha adquirido en el tiempo una trascendencia mundial, entendemos sobre dimensionada, por la notoriedad que se da a estos campeonatos y, en algunos casos, por su actuación en el campo del Derecho, específicamente en los arbitrajes

* Abogado graduado en la Universidad Católica de Lima, Estudios de Magíster y Doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Asesor del Instituto Peruano del Deporte, Miembro de la Comisión del Campeonato Mundial de Fútbol, Sub.17-2005. Árbitro de diversas entidades del Estado y privadas.

regulados por el Código de Arbitraje Deportivo FIFA, normatividad distinta a la que rige en los partidos de fútbol.

1. FÚTBOL

Consideramos que el fútbol alcanza en la mayoría de los aficionados las dimensiones de una pasión, pero en los campeonatos mundiales esa pasión integra un significado mayor al renovar la división del mundo en estados nacionales;¹ es decir, a cada individuo que participa u observa un partido de fútbol le brota un nacionalismo difícil de entender fuera de este deporte, además, creemos como otros, que el fútbol es el arquetipo de la globalización en mayor grado que cualquier sistema político, que la economía de mercado o el Internet,² por ello los campeonatos mundiales contienen el interés del aficionado, de la industria, comercio y, por consiguiente, del político.

Sustentamos que la importancia del fútbol está basada en su popularidad, la misma que, para dimensionarla, debemos compararla, y para ello recorrer un poco la historia, y así encontramos que el Imperio Romano era un imperio regional asentado en las riveras del Mediterráneo, como lo fue el Imperio Mongol en el Asia Central o el Imperio de los Incas, que en su mejor esplendor, acaso dominó una cuarta parte del territorio de América del Sur. Así también, el Imperio Napoleónico fue esencialmente europeo y efímero. Quizá el Imperio de Carlos V fue el que mayor territorio abarcó, si queremos incluir en este listado a los Estados Unidos de América, debemos coincidir que su presencia es sentida en todos los continentes. Esa misma presencia o

¹ DESBORDES, Michael. «Los Clubes. Relación histórica e íntima con las empresas». En *Vanguardia Dossier. El poder del fútbol*. Madrid: septiembre 2006, n.º 20, pp. 19, 20 y 21.

² DESBORDES, Michael. «Los Clubes. Relación histórica e íntima con las empresas». *Op. cit.*, pp. 19, 20 y 21.

más la tiene el fútbol, con la diferencia de que este deporte crece continuamente de manera pacífica y sin conflictos.

Los representantes exitosos de este deporte adquieren, además de cuantiosas remuneraciones la calidad de embajadores de los países que representan y su popularidad rebasa notoriamente la de cualquier político, el hincha apasionado por un club se siente identificado con sus jugadores idolatrando a los mejores y denigrando a los rivales, probablemente un psicólogo social podría decirnos que las barras bravas, torcidas, *hooligans* o como quiera denominarse, es el resultado de la búsqueda de una identificación que los hinchas no han encontrado en su familia o su ciudad, entonces pertenecer a una barra significaría para algunos demostrar su valor humano y recuperar acaso el honor perdido por el *status* social en que vive. La popularidad del fútbol se extiende inclusive a los dirigentes de los clubes, por eso, no son pocos los futbolistas y dirigentes que incursionan en política, sobre todo en países como el Perú donde erróneamente no se requiere ninguna calidad personal o profesional para ello.

Los gobernantes y autoridades políticas de todos los países son conscientes de la popularidad del fútbol, y no son pocos los casos en que se ha utilizado al deporte para acallar protestas sociales y el éxito de éste ha significado valiosas treguas de paz social, por ejemplo, la clasificación del Perú para el mundial de 1978 permitió al Presidente General Morales Bermúdez, Presidente del Perú, la tranquilidad suficiente para continuar su mandato, pese a su absoluta impopularidad, igualmente en Argentina, en el mismo campeonato mundial con el primer puesto obtenido por su selección en el mismo campeonato de 1978, el Presidente General Videla logró acallar las protestas sociales a su política de terror.

El fútbol organizado comenzó con la Federación Inglesa en 1863 (*Football Association*) se extendió silenciosamente en los países con la industria inglesa de los ferrocarriles y, principalmente, en los puertos con su Marina, jamás imaginaron los ingleses que su deporte conquis-

taría tanto territorio y que, a diferencia de su entonces costumbre bélica, se haría sin disparar un arma.

Cuando en la década de 1930 se inician las transmisiones radiales de los partidos de fútbol, su expansión ya se hizo notoria, posteriormente, en la década de los 1950, el matrimonio de la televisión y el fútbol rompe cualquier previsión de sintonía y abre una ventana privilegiada en los hogares para la industria y el comercio.

Como dato anecdótico tenemos lo que sucedió en Francia, en el año 1950, donde sólo se habían vendido 1,500 televisores, al anunciarse la transmisión de los partidos de fútbol, la venta aumentó a 1,000 televisores diarios. Guste o no, la televisión convierte al planeta en un estadio único donde todos pueden tomar asiento a la vez.³ Se estima que este último mundial ha sido visto por treinta mil millones de tele-espectadores.

En la actualidad, con la expansión de la telefonía celular que incluye además Internet y fútbol, no sabemos exactamente a cuánto de popularidad alcanzará este deporte y, por consiguiente, como se revalorará la difusión comercial, la competencia industrial y el *merchandising*, en qué escenarios se moverán para obtener mayores beneficios.

En ese entorno económico en que se desarrolla el fútbol, los empresarios, al igual que los políticos, han sabido utilizar la popularidad de los equipos y por eso no ha sido casual su participación en la propiedad de los clubes. Hay casos emblemáticos de esa asociación de fútbol y empresa, por ejemplo, la adquisición del famoso equipo *Juventus* por la Fiat, cuya producción y ventas aumenta proporcionalmente a la obtención de campeonatos deportivos del club, o el éxito de la Bayer en limpiar su imagen de fabricante de gases tóxicos, al

³ DESBORDES, Michael. «Los Clubes. Relación histórica e íntima con las empresas». *Op. cit.*, pp. 19, 20 y 21.

patrocinar al Club *Lerverkusen*.⁴ En el Perú, el ejemplo más claro es el Club *Sporting Cristal*, que contrariamente a lo que debe evitar el deporte promociona con su nombre una fábrica y marca de licor, seguramente el de mayor venta en el país.

Pero, todo ese desarrollo exitoso del fútbol se debe acaso a la casualidad o más bien es el fruto de la acertada conducción de la FIFA, nosotros sustentamos esto último aunque ello no signifique que también creamos que hay un exceso en las atribuciones que se permite en el campo del Derecho.

El manejo de las autoridades de la FIFA ha logrado tener un capital económico tan cuantioso como el de algunos pequeños países y tener más afiliados que la Organización de las Naciones Unidas (ONU), ha reconocido su filiación a la China y no ha expulsado a Taiwán, ha afiliado a países seriamente cuestionados y no admitidos por la ONU, como Palestina o países cuyo único territorio es una pequeña isla del Caribe como Caimán y Nueva Caledonia,⁵ entendemos afiliados únicamente para engrosar su padrón de inscritos puesto que su fútbol es incipiente. Promueve una política contra la discriminación racial y presta apoyo donando infraestructura y bienes deportivos a los países pobres, por esta política de ayuda, loable desde todo punto de vista, el Perú ha sido beneficiado en diversas ocasiones; sin embargo, debemos mencionar que los detractores de la FIFA señalan en este punto que lo que se pretende es justificar o frenar el examen del destino de sus cuantiosos fondos, argumento, a nuestro criterio, injustificado.

2. FÚTBOL Y ARBITRAJE

En el aspecto jurídico, la FIFA ha creado para resolver las disputas deportivas el Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo (ICAS) y

⁴ DESBORDES, Michael. «Los Clubes. Relación histórica e íntima con las empresas». *Op. cit.*, pp. 19, 20 y 21.

⁵ DESBORDES, Michael. «Los Clubes. Relación histórica e íntima con las empresas». *Op. cit.*, pp. 19, 20 y 21.

la Corte de Arbitraje Deportivo (CAS), regulados por el denominado Código de Arbitraje Deportivo,⁶ que establece que mediante el arbitraje o mediación se solucionan las disputas existentes en una federación, asociación o en cualquier otra entidad deportiva.

La función del ICAS es facilitar las resoluciones de las disputas deportivas a través del arbitraje o la mediación, y proteger la independencia de la CAS y los derechos de las partes. La CAS establece Paneles (tribunales de arbitraje) que tienen la tarea de resolver las disputas que se presenten a través del arbitraje y/o mediación dentro del campo deportivo en conformidad con las reglas de procedimiento del Código.

Para este fin, la CAS asiste la constitución de Paneles y el proceso arbitral; confiere la infraestructura necesaria para los árbitros y las partes. Los Paneles (tribunales), integrados por árbitros, tienen como responsabilidades principales las de resolver las disputas que les concierne a través del arbitraje y resolver las disputas de procedimiento arbitral referidas o a través de apelaciones a las decisiones de federaciones, asociaciones u otras organizaciones deportivas.

La CAS asume su responsabilidad a través de dos Comités, el de Arbitraje Ordinario y el de Arbitraje y Apelación, cuando las Partes deciden remitir su disputa deportiva a la CAS como resultado de una cláusula arbitral en el contrato o por un acuerdo de partes, la sede será Lausanne, Suiza, pero puede ser autorizadas audiencias fuera de la sede. Los idiomas oficiales son el francés y el inglés.

El Código de la FIFA, como en todas la regulaciones de arbitraje, establece la exigencia de independencia a los árbitros antes de asumir un arbitraje, pudiendo ser excluido un árbitro si existen circunstancias que pongan en duda dicha independencia, las exclusiones son atribu-

⁶ Código de Arbitraje, versión libre traducida del original, de uso de la Federación Peruana de Fútbol.

ción exclusiva del ICAS, entidad que también puede despedirlo si el árbitro se niega o no cumple las funciones conforme a las normas del Código.

El CAS exige antes que se inicie el arbitraje el sometimiento de las partes a las reglas del procedimiento del Código renunciando expresamente a su derecho de solicitar medidas provenientes de las autoridades del Estado al que pertenecen por cualquier tema o disputa, norma concordante con sus estatutos que exige a sus afiliados la renuncia a sus fueros judiciales en las controversias que se susciten entre ellos, y que es tratada en el fallo del Tribunal Constitucional peruano, que veremos más adelante.

Cabe precisar que estas disposiciones nacen de un acuerdo de entidades privadas y, por consiguiente, sin respaldo de Convenio Inter-Estados, como por ejemplo, el Convenio de Washington, que sirve de basamento legal al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que curiosamente tiene origen similar al CAS de la FIFA, por cuanto ambas se originan en fechas próximas, teniendo como objeto el promocionar cada una sus especialidades y justificando su nacimiento en la fragilidad de los sistemas judiciales en la mayor parte de los países subdesarrollados⁷ además, entiendo, en la cambiante legislación producto de política inestable.

Algo que a los abogados que ejercemos el arbitraje nos parece cuanto menos discutible, es la atribución del CAS y de su Secretaría de revisar, previamente a su expedición, la sentencia o laudo a emitir, pudiendo hacer rectificaciones de forma y llamar la atención sobre cuestiones fundamentales de principios, lo que —sin mencionarlo— significaría que también se revisa el fondo de lo resuelto.

⁷ DAÑINO ZAPATA, Roberto. «El CIADI 40 años después». En *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, n.º 53, p. 144.

De otro lado y en relación a la publicidad de lo resuelto, que además brinda garantía de transparencia al proceso de arbitraje, existe la disposición de que las sentencias o laudos no se hagan públicos, a menos que en éstos se estipule o exista acuerdo de las partes para su divulgación. Esto, generalmente, no sucede.

Una regla similar la encontramos en el numeral 27 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). No por ello deja de ser discutible y quizá a esta disposición se debe el menor número de arbitrajes de esa Corte.⁸

3. ARBITRAJE Y DERECHO DEPORTIVO

La Federación Peruana de Fútbol nacida en agosto de 1922, fue reconocida por la FIFA en julio de 1924.⁹ Desde esos años a la actualidad ha tenido y tiene que afrontar diversos problemas legales. Conceptuamos que uno de los más trascendentes fue el conflicto judicial que sostuvieran con el club profesional de Primera División Deportivo Wanca ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, que a nuestra parecer da inicio al Derecho Deportivo en el Perú y formula sin decirlo crítica al arbitraje FIFA.

A inicio del año 2007, el Club Deportivo Wanca, presentó recurso de Agravio contra la Sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Perú, que había declarado improcedente la Demanda de Amparo contra la Federación Peruana de Fútbol, FPF, a fin de que deje sin efecto la Resolución de ésta, que había resuelto desafiliarlo de las competencias nacionales e internacionales y; asi-

⁸ Reglamento de Arbitraje publicada por la Cámara de Comercio Internacional de París, p. 38.

⁹ SALINAS BENAVIDES, Roberto. *Federación Peruana de Fútbol-75 aniversario*. Lima: Editorial e Imprenta Desa, 1997, p. 27.

mismo, prohibía a los Dirigentes que integraron la Junta Directiva durante los años 2004 y 2005 (años en que los Dirigentes iniciaron acción penal contra los dirigentes de la Federación) ejercer cualquier actividad relacionada con el fútbol.

El Club Deportivo Wanca manifestó en el proceso que la Federación los perjudicó al cambiar las reglas de juego en el campeonato 2004, aumentando el número de los equipos que descendían de categoría cuando sólo faltaban 25 días para su inicio y la ubicación del club al final del torneo anterior era mala, por ello perdió la categoría generando daños económicos, denunciando penalmente a los Dirigentes de la Federación, quienes emitieron la Resolución n.º 005-FPF-2005 resolviendo desafiliarlo por violar el artículo 5 del Estatuto de la Federación que prohíbe recurrir a la vía judicial en los conflictos que se susciten entre los afiliados.

La Federación propone la excepción de convenio arbitral basada en el citado artículo 5, y manifiesta que es el órgano rector del fútbol peruano, que es una asociación civil de Derecho Privado afiliada a la FIFA, y que al afiliarse el Club Wanca estaba sometido a sus estatutos.

El Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima desestimó la excepción y declaró fundada la demanda al considerar que no se puede sancionar por acudir a la vía penal, so pretexto de que debía haberse recurrido al arbitraje, lo que está prohibido en la Ley General de Arbitraje n.º 26572, artículo 1, inciso 3, referido a las causas que interesan al orden público o las que versan sobre delitos o faltas.

Debe precisarse que el Decreto Legislativo n.º 1071, que en el año 2008 sustituye a la Ley General de Arbitraje, cambia la norma referida, suprimiendo las materias prohibidas, refiriéndose únicamente a lo arbitrable: «materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o los acuerdos internacionales autoricen». Sobre lo prohibido de arbitrar, lejos de la interpretación y la casuística, no teniendo todavía experiencia sobre el asunto, no podría-

mos ofrecer mayor comentario sobre su bondad, entendiéndose que algunos arbitrajes fueran cuestionados por la interpretación del orden público. Creemos que una regulación adecuada del mismo y de las causas penales, hubiera sido lo adecuado.¹⁰

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocó la resolución argumentando que la controversia debía ser dilucidada en proceso contencioso-administrativo, en aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.¹¹

El Tribunal Constitucional indica en su sentencia, que no comparte lo resuelto por la Sala porque existe jurisprudencia que indica que la vía de amparo, sí es la vía idónea para una controversia, como la presente, donde habría supuesta vulneración de los derechos fundamentales del debido proceso, de defensa y de asociación *inter privados*.

¹⁰ Un laudo puede ser anulado o su ejecución negada en caso sea contraria al orden público. El concepto y alcance de esta causal ha sido el dolor de cabeza de juristas de diversas disciplinas. No es ocioso que las causales de orden público y arbitrabilidad sean *ex officio*. Resguardan intereses que rebasan a las partes en la controversia. Sin embargo, deben ser interpretadas en forma *restrictiva* y aplicadas en forma *cuidadosa y excepcional*. De lo contrario, lo que fue concebido como un régimen de excepción tendría como resultado devorar la regla. El orden público y la arbitrabilidad son un dúo dinámico; su contenido preciso es cambiante no sólo en el espacio sino en el tiempo. Ello es sano, pues se nutre de las —variantes y mutantes— sensibilidades y necesidades de cada sociedad. Sin embargo, de no adoptarse las políticas de interpretación por las que aboga este estudio, pasarían de ser el *dúo dinámico* al *dúo trágico*.

GONZALES DE COSSÍO, FRANCISCO. «Orden público y arbitrabilidad». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, diciembre 2008, n.º 9, pp. 61 y 83.

¹¹ Artículo 5, numeral 2 del Código Procesal Constitucional «causales de improcedencia de acciones inconstitucionales/existen vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del Derecho Constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate de procesos de *habeas corpus*». ABAD YUPANQUI, SAMUEL. Lima: Talleres Gráficos de Editorial San Marcos, 2004, p. 467.

Comienza analizando la relación entre el Estado social y democrático de derecho, la educación y el deporte, señala que el artículo 14 de la Constitución del Perú contempla que: «la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad», continúa diciendo que las disposiciones constitucionales junto con la dignidad humana —como premisa antropológica— constituyen la dimensión principal del deporte como objetivo de la educación nacional, recuerda jurisprudencia en el sentido de que la educación es un derecho fundamental.

Establece que es deber del Estado promocionar el deporte respetando las manifestaciones deportivas de los individuos y que sean de interés general, y no promover aquellos actos o actividades deportivas que pongan en cuestionamiento derechos fundamentales como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y derecho de asociación (artículo 39, inciso 3 y artículo 2, inciso 13 de la Constitución).

Luego se refiere a la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte (Ley n.º 28036), consignando que las entidades profesionales y *amateurs* justifican una política nacional que vincule el sector público y privado que se ha venido gestando el derecho deportivo con identidad propia, como rama del derecho cuya extensión generalizada en los últimos años ha dado lugar a considerar al deporte de interés público y, por ende, la administración pública es competente.

Pero, la declaración de interés público no alcanza a todo lo que pueda ocurrir en el mundo deportivo, pues las relaciones jurídicas que se originan al interior de las federaciones o clubes, siguen perteneciendo al ámbito del Derecho Privado.

Finaliza el análisis de este punto diciendo que es el ámbito de las federaciones deportivas, en el que mejor se aprecia esta confluencia

entre lo público y privado, lo que caracteriza la regulación de sus actividades.

En lo pertinente al arbitraje señala que la doctrina reconoce que entre las diversas fórmulas de solución de conflictos, el arbitraje es la más extendida y aceptada porque ofrece diversas ventajas: es eficaz porque da una solución definitiva al conflicto; el árbitro puede ir más allá de una simple decisión válida para el momento; se puede resolver con mayor celeridad que en la vía ordinaria: brinda mayor facilidad para que las partes cumplan con lo acordado al haber nacido de una voluntad común, es discreto y más barato en términos absolutos por el tiempo de duración.

Continúa diciendo que, por su agilidad, la FIFA y las Federaciones que la integran han recurrido al arbitraje, incluso los estatutos de la FIFA en el artículo 62, incisos 2 y 3, establece esa obligación de las Federaciones que, sin embargo, el arbitraje no puede ser entendido como un mecanismo llamado a desplazar al Poder Judicial, sino una alternativa, básicamente, en conflictos patrimoniales de libre disposición y contratación internacional.

Justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen lo que permite concluir al Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al Derecho Privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional, en tanto, como jurisdicción, se encuentra obligada a observar todas las garantías que componen el derecho al debido proceso.

Resulta, dice, inadmisibles y carente de todo sentido, pretender que porque una determinada organización de particulares se rige por sus propias normas internas, ésta resulta invulnerable o inmune al control constitucional. La tutela constitucional no pretende, pues, afectar la particularidad del mundo deportivo, sino velar por el respeto de los principios esenciales del Estado, verificar que las organizaciones deportivas que forman parte de la misma sociedad, no constituyan islas

de los valores fundadores del Estado. En ese sentido, no existe justificación para que la Federación se encuentre relevada del control constitucional.

Como último argumento, el Tribunal se refiere al debido proceso como un derecho que debe ser observado en todo tipo de procesos y procedimiento, cualquiera sea su naturaleza en las relaciones *inter* privados, pues en las asociaciones que sean personas jurídicas de derecho privado, no quiere decir que no estén sujetas a los principios, valores y disposiciones constitucionales. Más aún, cuando se ejerce la potestad disciplinaria sancionadora.

En tal sentido, si la Federación consideraba que el recurrente cometió la aludida falta, debió comunicarle por escrito los cargos imputados y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que, mediante la expresión de los descargos correspondientes, pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa.

Lo más trascendente es que el artículo 5 de los estatutos de la Federación, debe ser leído en consonancia con la naturaleza propia de la relación entre arbitraje y jurisdicción constitucional. Ello supone que únicamente resulta aplicable para las controversias sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, exceptuándose —entre otras— las que versan sobre delitos o faltas, tal como lo establece el inciso 3 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje n.º 26572. Por tanto, el fuero arbitral no resulta aplicable para materias de índole penal.

No sólo se ha afectado el debido proceso, sino se ha vulnerado el derecho de acceder a la jurisdicción que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución del Perú.¹²

¹² RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, pp. 17-316.

Termina declarando fundada la demanda de amparo e inaplicable la resolución de la Federación,

Hemos reproducido, en resumen, lo expuesto por el Tribunal, por cuanto sus argumentos son claros y, en nuestra opinión, certeros en la medida que mantienen la misma línea de argumentos expresados, por ejemplo, en las sentencias n.ºs 5127-2006-PA/TC y 6167-PHC/TC,¹³

¹³ Reproducimos el basamento del tribunal en la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 5167-2006 PA/TC, que son vinculantes y se consideran en nuestro caso «[...] existe la posibilidad de que se emita laudos arbitrales en proceso que resulten lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje —Ley n.º 26572— prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo.

Este requisito de procedibilidad se sustenta en el artículo 5, inciso 4 del Código Procesal Constitucional, que señala: «no proceden los procesos constitucionales cuando: «4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de Habeas Corpus». En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, además, en el artículo 45 del citado Código, que dispone: «El amparo sólo procede cuando hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa, se preferirá dar trámite a la demanda de amparo». Ambos artículos refieren en su texto el concepto «vía previa», que debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional». La sentencia es explícita al establecer estas reglas:

- La primera es la jerarquía de las normas, regla según la cual hay normas superiores y normas inferiores en rango, de tal manera que las superiores condicionan, tanto la forma de emisión de las normas (pues, dicen las debe dictar) como su contenido (dado que hay jerarquía, las normas inferiores deben respetar los mandatos de las superiores).
- La segunda es la coherencia normativa, que tiene dos consecuencias dentro del orden jurídico y, más específicamente, dentro de la legislación que aquí tratamos. Una de ellas es que debemos interpretar las normas de cada uno de los niveles jerárquicos como coherentes entre sí; esto es, buscar aquella interpretación que permita hacerlas armónicas y no la que las haga contradecir. Si en algún momento tenemos dos posibilidades de interpretación, una armónica y la otra contradictoria, por fuerza debemos elegir la armónica y desechar

es decir, su posición de tutelar los derechos fundamentales, en este caso el Debido Proceso y el Principio de Supremacía de la Constitución y la ley, tal como se ha señalado en los numerales anteriores al exponer los argumentos de su fallo, lo novedoso es que partiendo del análisis del arbitraje da los basamentos legales para sustentar el nacimiento formal del derecho deportivo.

Como hemos visto, el Tribunal Constitucional analiza la naturaleza del arbitraje y las normas constitucionales referidas al deporte, luego trata la Ley General del Deporte y, sustentando su intervención, otorga partida de nacimiento al Derecho Deportivo por esa conjunción entre lo privado y lo público. En el caso tratado, por la dualidad de acción o funciones de la Federación Peruana de Fútbol, es decir, en su calidad cotidiana de asociación privada y sus relaciones con las otras asociaciones privadas, socias o no de la Federación, y en su acción como ente tutelar del fútbol nacional, actuar que necesariamente debe ceñirse al marco legal de las normas nacionales que regulan el arbitraje, es decir, la propia Constitución Política, la Ley General del Deporte y la Ley General de Arbitraje (hoy Decreto Legislativo n.º 1071).

Como decíamos anteriormente, el fútbol y todo lo que representa ha logrado crear este derecho deportivo y, por ello, en países donde el fútbol constituye toda una «industria» tales como Italia, España, Argentina y ahora México, ya tienen un número creciente de especialistas.

la contradictoria. Otra consecuencia consiste en que las normas inferiores no deben contradecir a las superiores de manera que resulten incompatibles con ellas. Si tal cosa sucediera (es decir, en caso de incompatibilidad entre la norma inferior y la superior), entonces la norma superior primará sobre la inferior y ésta será, o bien no aplicada mediante el control difuso, o bien declarada [...].

«El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos [...]».

Entendemos que, si bien es cierto, el Derecho Deportivo ya tiene partida de nacimiento, todavía falta en nuestro país alcanzar la madurez suficiente para constituir reglas moderadoras del deporte aceptadas universalmente.

A decir de la doctora Zitlally Flores Fernández, el Derecho Deportivo podemos definirlo como una rama del Derecho Administrativo que regula la actividad del Estado relacionada con la actividad deportiva. Agrega la doctora, en la vida cotidiana del deporte y del ejercicio de actividades físicas y deportivas, se dan múltiples momentos de contacto que trascienden a la vida jurídica.

Por ello, ante la necesidad de una legislación completa, moderna, coherente y congruente, así como una serie de órganos administrativos y jurisdiccionales que atienden los conflictos de naturaleza deportiva, se hace necesario el reconocimiento del Derecho Administrativo.¹⁴

Decíamos líneas arriba que todavía falta madurar a nuestro Derecho Deportivo, basta comenzar diciendo que la resolución del Tribunal Constitucional materia de nuestro artículo, no se cumplió simplemente porque el Club Deportivo Wanca desapareció como institución deportiva en el fútbol peruano, extinción que, sin lugar a duda, no fue casual.

La Ley General del Deporte y sus diversas modificaciones contienen deficiencias trascendentes, como por ejemplo, no señalar los alcances de las regulaciones de las Federaciones Deportivas Internacionales, por ejemplo, cuando la FIFA impone a las Federaciones Deportivas de los países afiliados, en los casos de controversias, la concurrencia al arbitraje, y no los organismos jurisdiccionales.

¹⁴ FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally. «Introducción al Derecho Deportivo-La relación entre el Deporte y el Derecho». En *Revista Digital*. Buenos Aires, abril 2010, p. 3.

Esta disposición tiene que tener necesariamente el marco que la propia Ley de Arbitraje del país afiliado contemple, por cuanto no podríamos concurrir, por ejemplo, en el Perú, a un arbitraje por una causa penal referida a delito, como fue el caso del Deportivo Wanca.

Es cierto también, aunque sin conocer los extremos de la denuncia, que la causa parecería que debió haber sido civil y no penal, pero también es cierto que la FIFA, consciente de su poder económico y, por ende, político, ha forzado en distintos países como en el Perú, a retroceder a las administraciones del deporte, bajo amenaza de excluir a sus seleccionados de todo campeonato internacional, cuando a su criterio han invadido sus fueros.

Lo dicho nos lleva a recordar las regulaciones que las diferentes leyes de los países latinoamericanos han seguido para establecer la competencia del arbitraje, es decir, las materias arbitrables o susceptibles de arbitrar.

El Perú, como se ha dicho, al igual que Argentina, España, Colombia y otros, sigue la línea francesa al aceptar en su ley el concepto de «materias de libre disposición» es decir, se adhiere al concepto de arbitrabilidad objetiva.¹⁵

En lo que atañe a la arbitrabilidad subjetiva, la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo n.º 1017 autoriza a los entes públicos al arbitraje, por lo que no se requiere autorización especial al igual que en Chile, Colombia y otros, a diferencia de países donde es necesario autorización para concurrir al arbitraje, como por ejemplo, en Ecuador, México, Venezuela y otros.¹⁶

¹⁵ CONEJERO ROSS, Cristian. *El arbitraje comercial internacional en Ibero América. Panorama General*, pp. 75 y 82.

¹⁶ *Ídem*.

Cabe también indicar que la globalización económica y los tratados comerciales internacionales van logrando que cada vez más los países unifiquen sus legislaciones de arbitraje, cobijándose en el paraguas del modelo UNCITRAL, por lo que la regulación que tratamos, referida al deporte, no resultará difícil de lograr.

De otro lado, la dimensión del fútbol y su crecimiento constante en todos los campos, así como la vigencia de la FIFA, auguramos en un futuro cercano que será motivo de agenda en los foros internacionales de los Estados, con el afán de regularlo en algún grado.

LA PREOCUPACIÓN POR LA NEUTRALIDAD DE
LOS PERITOS ARBITRALES

Gracy Zapata Oré
Billy Franco Arias

LA PREOCUPACIÓN POR LA NEUTRALIDAD DE LOS PERITOS ARBITRALES

*Gracy Zapata Oré**
*Billy Franco Arias***

Sumario: 1. Introducción.— 2. Los peritos.— 2.1. Encargos típicos.— 2.2. El mercado de peritos arbitrales en el Perú.— 3. Los cuestionamientos.— 3.1. El conflicto de intereses.— 3.2. La preocupación subsistente por la neutralidad de la pericia y el debate entre su inadmisión y su valoración.— 3.2.1. El intercambio de información sobre los peritos.— 3.2.2. El debate entre la regla de la inadmisión y la metodología de la evaluación comparativa.— 3.2.3. Opinión de los autores.— 3.3. Colofón: Las prácticas que favorecen una valoración crítica.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo que podrán leer a continuación responde a una concreta inquietud nacida en el ejercicio de la profesión, y es por ello que, a primera vista, bien podría acusarse a sus autores de haber perdido la oportunidad de contribuir con el delineamiento y caracterización genérica del régimen de la pericia arbitral en nuestro país antes de tratar un asunto tan específico como el de los cuestionamientos a la designación de un perito arbitral.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada del Pizarro, Botto & Escobar Abogados.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Pizarro, Botto & Escobar Abogados.

Sin embargo, ésta no es más que una falsa impresión. El problema que pretendemos abordar aquí es, además de una oportunidad de ver cómo es posible llevar al terreno de la designación de un perito la defensa de un caso, una excusa para hacer un repaso a las diversas prácticas a las que puede recurrir un tribunal arbitral para asegurar la neutralidad de una pericia.

Finalmente, las múltiples implicancias de un tema como éste también pondrán de manifiesto la libertad que en materia probatoria les da a los árbitros nuestra nueva Ley de Arbitraje —el Decreto Legislativo n.º 1071— y la forma en que un tribunal arbitral pone en la balanza sus opciones a la hora de decidir qué curso de acción tomar en un caso en concreto.

2. LOS PERITOS

Resulta difícil imaginar que un arbitraje que versa sobre cuestiones de hecho que requieren de un conocimiento técnico especializado para ser abordadas, pueda llevarse adelante sin el recurso a la actuación de una prueba pericial.

En efecto, en el caso de que las partes hayan previsto que una controversia sea resuelta bajo arbitraje de Derecho, no obstante revestir aspectos cuya comprensión y esclarecimiento requerirían de conocimientos ajenos a una formación meramente jurídica resulta altamente previsible que el tribunal constituido requerirá apoyarse en la colaboración de expertos con el fin de formarse una opinión respecto de las cuestiones de hecho que definan el sentido de la controversia.¹ De ahí el papel trascendental que los peritos desempeñan en el arbitraje hoy en día.

¹ Cfr. REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Buenos Aires: La Ley, 2007, 4.ª Ed., pp. 440-441.

2.1. Encargos típicos

Las tareas que son asignadas a los peritos como parte de un arbitraje resultan, en principio, bastante amplias. Sin embargo —arriesgando una clasificación de orden operativo— podríamos distinguir tres diferentes tipos de encargos: (i) establecer una adecuada cuantificación del monto reclamado; (ii) verificar la ocurrencia de un determinado evento; y (iii) ratificar la aplicación de un cierto criterio de interpretación técnica de los hechos. Adviértase que estos encargos no se excluyen entre sí sino que, por el contrario, generalmente se complementan.

El primer tipo de encargos a un perito se relaciona, por ejemplo, con conceptos como los mayores costos por equipo y personal paralizados (reclamo común en los arbitrajes de infraestructura), cuya determinación requiere no sólo de la verificación de una serie de registros en los que hubiera quedado acreditado, por ejemplo, el volumen de equipo y personal inmovilizado sino también del establecimiento de una serie de valores tales como el llamado costo de posesión, a partir del cual podrá estimarse el mayor costo que eventualmente quepa reconocer a la parte que lo reclame. En este contexto, al perito se le presenta la propuesta del cálculo del costo involucrado, el cual es elaborado por lo general por el demandante, debiendo el perito ratificarlo, cuestionarlo o proponer uno alternativo.

La segunda categoría de encargos agrupa diversos tipos de constataciones, las cuales pueden hacerse tanto de eventos que se manifiestan físicamente (tales como una fisura tipo «cocodrilo» en la carpeta asfáltica, la calidad de una cantera, entre otros) o de fenómenos abstractos (tales como la caída del tipo de cambio de una moneda o el alza inusual de insumos como el petróleo o el acero). En estos casos, el perito no sólo se limita a dar fe del acontecimiento en sí mismo sino también a determinar su magnitud y a estimar las consecuencias que traerá (básicamente en términos de valor) en el presupuesto del contratista, por ejemplo.

Finalmente, el tercer tipo de tareas puede ser ilustrado a través del siguiente ejemplo: se ejecuta una carretera en un entorno en que las precipitaciones pluviales son de naturaleza estacional pero, sorprendentemente, se producen lluvias fuera de temporada. El material expuesto a este fenómeno se humedece a niveles tales que el Contratista sostiene que no puede emplearlos hasta que dichos niveles se reduzcan y, en consecuencia, paraliza sus actividades. Por su parte, la Supervisión considera que los niveles de humedad registrados a lo largo del período de paralización no estuvieron siempre por encima de un cierto valor de saturación máxima permitida. El Contratista presenta a su vez informes en los que se sostiene que la forma en que se está midiendo la saturación —diariamente— ignora el hecho de que la saturación del material no se supera sino después de dos (2) días de no exposición a renovados niveles de humedad. ¿Cuál es el criterio que debe primar? He aquí que será necesario que el perito designado emita una opinión bajo un *razonable criterio técnico*.

2.2. El mercado de peritos arbitrales en el Perú

¿Qué tipo de profesionales son contratados para desempeñar estas tareas? En principio podríamos pensar que esto dependerá del campo de especialización bajo el que se encuentre la materia objeto de controversia. De esta manera, si de lo que se trata es de constatar y estimar la caída del tipo de cambio de una moneda extranjera, lo normal sería pensar en un economista para esta tarea. Sin embargo, en los arbitrajes desarrollados en nuestro país, estos encargos se encomiendan fundamentalmente a ingenieros.

Ciertamente, decir *ingenieros* es referirnos a un muy diverso grupo de especialistas que bien pueden ser expertos en maquinarias aeronáuticas o en los ciclos agrícolas correspondientes a cada una de las regiones altitudinales de nuestro país.² En este sentido, vale la pena

² Según datos recogidos por el Colegio de Ingenieros del Perú, dentro de esta categoría profesional genérica, a diciembre de 2008 las cinco especialidades de mayor demanda colegiada eran las siguientes: civil (1,678); industrial y de sistemas

destacar que, dada la naturaleza de la mayoría de los proyectos de gran envergadura que se han estado desarrollando en nuestro país, son cierto tipo de ingenieros los que han sido más demandados para desempeñarse como peritos arbitrales.

Así, de cara a los numerosos proyectos de infraestructura que se están ejecutando en el Perú en los últimos años —los cuales sólo están empezando a atender la *brecha* de inversión en infraestructura subsistente en nuestro país—,³ ha sido y es frecuente el recurso a la colaboración de ingenieros civiles para la determinación de los gastos generales y de los mayores costos que son reclamados en la mayor parte de controversias que, surgidas alrededor de estos proyectos, son sometidas a arbitraje.

Por otro lado, la explotación del gas natural y el efecto que ha tenido en el mercado de los combustibles en nuestro país⁴ ha genera-

(1,333); agronómica (727); mecánica eléctrica (399); y de minas (391). Ver: <http://www.cip.org.pe/publicaciones/estadisticas/estadisticas.php> [Visitado en: 17.02.2010].

³ De acuerdo al documento titulado *El Reto de la Infraestructura al 2018: La Brecha de Inversión en Infraestructura en el Perú 2008* del Instituto Peruano de Economía (en adelante, IPE), la brecha total de infraestructura al 2008 ascendió a US\$ 37,760 millones. De entre todos sus componentes, el sector Transporte es el que requiere el mayor monto de inversión al contar con 37% del total de la brecha, es decir US\$ 13,961 millones. Esto se traduce, evidentemente, en un gran mercado de construcción aún por desarrollar. Y claro, allí donde hay negocios surgen eventualmente controversias, la gran mayoría de las cuales serán sometidas a arbitraje (dada la preferencia que le tienen los inversionistas respecto a la vía judicial). PASTOR, Cinthia y Patricia PÉREZ. *El Reto de la Infraestructura al 2018: La Brecha de Inversión en Infraestructura en el Perú 2008*. Lima: Instituto Peruano de Economía, 2009, pp. 15-16.

⁴ Vale anotar que, en el estudio del IPE citado previamente, el sector Gas Natural requiere un monto de inversión ascendente al 9.9% de la brecha de inversión en infraestructura, el cual es equivalente a US\$ 3,721 millones, con las oportunidades de negocio que ello representa en el mediano y largo plazo para los inversionistas y el más que probable surgimiento de controversias relativas a estos negocios que serán sometidos a arbitraje. PASTOR, Cinthia y Patricia PÉREZ. *Ob. cit.*, p. 16.

do la oportunidad de que nuestros tribunales arbitrales conozcan controversias en que el concurso de especialistas en ingeniería de los hidrocarburos sea indispensable.

De esta forma y a pesar de que, en puridad, todo tipo de experto en alguna forma de conocimiento especializado podría ser llamado a desempeñarse como perito —dado que son más o menos ilimitados los tipos de controversias que pueden someterse al conocimiento de un tribunal arbitral—, lo cierto es que en los hechos sólo ciertos tipos de ingenieros parecen ser los más demandados. Cuáles son éstos, resulta fácil de deducir, si reparamos en el tipo de negocios bajo los cuales surgen las controversias que son sometidas a nuestros tribunales arbitrales. Pero, ¿esto significa que un amplio número de ingenieros civiles de nuestro país están desempeñándose como peritos en arbitrajes nacionales?

No existen estudios o estadísticas oficiales que puedan sostener categóricamente esta afirmación y ello se debe a que —a diferencia de lo que sucede con los árbitros— no existen registros de peritos arbitrales a partir de los cuales pueda hacerse una asignación aleatoria de profesionales para ocupar estos cargos; y a que, generalmente, sólo profesionales de muy alta especialización o reconocida experiencia son elegidos como peritos (al menos en los arbitrajes en los que los montos sometidos a controversias son de particular importancia), con lo que es difícil ingresar a este mercado.

Sin embargo, nótese que una vez dentro del mercado y si el desempeño del perito es satisfactorio, su permanencia en él estará asegurada por un único mecanismo de prevalencia: la recomendación *Word of mouth*.

No obstante lo dicho precedentemente, en nuestro país existen dos requisitos objetivamente establecidos que todo profesional que ejerza labores relacionadas a alguna forma de ingeniería debe cumplir para poder intervenir como perito —o como asesor técnico, en general— en un proceso judicial o arbitral. Se trata de la obtención de un

título profesional registrado en la Asamblea Nacional de Rectores y del Certificado de Habilitación expedido por el Colegio de Ingenieros del Perú.

La restricción en cuestión se encuentra establecida en el artículo 5 de la Ley n.º 28858 —Ley que complementa a la Ley n.º 16053—, ley que autoriza a los Colegios de Arquitectos del Perú y al Colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de arquitectura e ingeniería de la República,⁵ la cual entró en vigencia el 30 de julio de 2006.

3. LOS CUESTIONAMIENTOS

Dada la enorme trascendencia de un dictamen pericial en los arbitrajes que versan sobre controversias de sustrato técnico o especializado —los más significativos en términos de montos controvertidos hoy por hoy, en nuestro país—, la interrogante de a quién se designa como perito pasa a representar una particular preocupación para quienes diseñan la defensa de un caso.

¿Qué podría preocuparnos alrededor de la designación de tal o cual ingeniero como perito? Pues, básicamente dos cosas: (i) que no cuente con los conocimientos o la experiencia suficientes para aportar una explicación cabal o adecuada del problema técnico que se somete a su escrutinio; o (ii) que no pueda emitir un dictamen lo suficientemente neutral⁶ debido a que tuvo o mantiene una relación personal, profesional o de negocios con alguna de las partes.

⁵ Ley que complementa a la Ley n.º 16053, [...] —Ley n.º 28858—:

Artículo 5.- «Restricción: Las autoridades judiciales y/o tribunales no aceptarán la intervención, en calidad de asesores técnicos o peritos en temas de ingeniería, de personas que no tengan título profesional registrado en la Asamblea Nacional de Rectores ni Certificado de Habilitación expedido por el Colegio de Ingenieros del Perú».

⁶ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. «Neutral. (*Del lat. neutr_lis*). 1. adj. Que no participa de ninguna de las opciones en conflicto. Apl. a

De entre estos peligros, el que más reclamos suele generar es el segundo. Tal como ya lo explicamos previamente, a un cierto nivel de controversias —dadas las magnitudes de los montos involucrados— los peritos que son propuestos reúnen ciertas condiciones profesionales mínimas que hacen que una objeción de carácter profesional sea muy inusual.

Antes bien, un mercado de peritos reducido y de renovación no muy dinámica favorece reclamos del segundo tipo, de manera que en lo que sigue nos detendremos a estudiar una serie de nociones que pueden sernos útiles para entender como un tribunal arbitral podría afrontar este tipo de cuestionamientos.

3.1. *El conflicto de intereses*

Cuando la neutralidad de una persona está en entredicho es común señalar que dicha persona se encuentra incurso en un conflicto de intereses. Se sostiene entonces que esta persona mantuvo o mantiene un vínculo con otras respecto a las cuales tiene el poder de emitir cierto dictamen. De esta forma, la noción del conflicto de intereses sólo tiene sentido en relación a un tercero, que típicamente es un *árbitro* (en el sentido amplio del término).⁷ De este juzgador se dice que se encuentra en conflicto de intereses cuando es posible detectar algún hecho o circunstancia que nos lleve a dudar de su independencia e imparcialidad.⁸

pers., u. t. c. s. [...]». 22.^a Ed. Ver <http://buscon.rae.es/draeI/> [Visitado en: 24.02.2010].

⁷ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. «Arbitrar. (Del lat. *arbitr_re*). [...] 3. intr. Dicho de un tercero: Resolver, de manera pacífica, un conflicto entre partes». 22.^a Ed. Ver <http://buscon.rae.es/draeI/> [Visitado en: 24.02.2010].

⁸ Tal como afirma De Trazegnies, nos encontramos aquí con una noción intrínsecamente dinámica: «La noción de conflicto de interés es un concepto vivo y esto significa que, como la vida misma, está en movimiento y en evolución. Cada caso nuevo ayuda a repensar una afirmación anterior o a precisar un concepto desde una perspectiva nueva. Dilucidar en qué consiste el conflicto de interés y cuáles

En vista de que la existencia de hechos de este tipo podría comprometer la neutralidad del proceso por el que se emitirá el laudo arbitral en un caso en particular, nuestra norma arbitral —Decreto Legislativo n.º 1071— ha recogido dos mecanismos complementarios para evitar que la ocurrencia de estos conflictos de intereses comprometa la suerte de un proceso arbitral: la obligación del árbitro de revelar hechos o circunstancias susceptibles de crear dudas respecto a su independencia e imparcialidad; y los procedimientos de recusación que se siguen a partir de este tipo de hechos o circunstancias.⁹

En este contexto debe tenerse en cuenta que las tareas que se encomiendan a un perito ameritan también el emitir un *juicio*, en el sentido amplio de la palabra.¹⁰ A él se someten cuestiones de hecho sobre

son sus grados es una tarea permanente y es una cuestión que constituye un desafío para todos los abogados que estamos involucrados con el arbitraje». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto: Los conflictos de interés en el arbitraje». En *Thémis*. Revista de Derecho publicada por la Asociación Civil Thémis. Lima, 2007, n.º 53, p. 69.

⁹ Decreto legislativo que norma el arbitraje —Decreto Legislativo n.º 1071—: Artículo 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.
2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora, cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento».

¹⁰ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. «Juzgar. (Del lat. *iudic_re*). 1. tr. Dicho de la persona que tiene autoridad para ello: Deliberar acerca

las que deberá emitir un dictamen con base en sus conocimientos técnicos —como técnicos son también los conocimientos de un abogado al que se somete un arbitraje de Derecho—. ¿Esto quiere decir que también tendría sentido hablar de un perito aquejado por un conflicto de intereses?¹¹

La respuesta a esta interrogante requiere que abordemos una serie de reflexiones previas. La primera tiene que ver con la forma en que el perito es incorporado a un arbitraje y cuál es el contenido de las nociones de *independencia e imparcialidad*.

Como se sabe, el Decreto Legislativo n.º 1071 distingue entre aquellos peritos nombrados por el tribunal a iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, de aquellos otros libremente designados por las partes. Sostenemos que en este segundo tipo de peritos no es posi-

de la culpabilidad de alguien, o de la razón que le asiste en un asunto, y sentenciar lo procedente. 2. tr. Formar opinión sobre algo o alguien. 3. tr. Fil. Afirmar, previa la comparación de dos o más ideas, las relaciones que existen entre ellas». 22.ª Ed. Ver <http://buscon.rae.es/draeI/> [Visitado en: 24.02.2010].

¹¹ Repárese en que esto es distinto a señalar que un árbitro se halle inmerso en un conflicto de intereses derivado de una relación de carácter pre-existente con un perito designado al interior del proceso. Evidentemente, en este caso el conflicto siempre recaería en cabeza del árbitro y no del perito. (La situación en cuestión ha sido prevista como parte del Listado Naranja de las Directrices de la *International Bar Association* sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional en los siguientes términos: «3.4.3. Hay una amistad personal estrecha entre el árbitro y un gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o la persona que ejerza un control similar sobre una de las partes o una filial de éstas, o entre el árbitro y un testigo o perito; situación que se manifiesta por el hecho de que el árbitro y alguna de estas personas suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales ni sociales». Como se sabe, el Listado Naranja de estas Directrices corresponde a «[...] situaciones específicas que (dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso), a los ojos de las partes, pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro»; siendo que, sin embargo, «[...] no debe asumirse la descalificación del árbitro por el simple hecho de revelar circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad o independencia»).

ble hablar de conflictos de intereses debido a que en ningún caso —sin que esto resulte negativo— pueda calificárseles de *independientes* ni *totalmente imparciales*. Cualidades éstas que todavía tiene utilidad distinguir,¹² a pesar de que últimamente «se considera que constituyen un «paquete» y se los utiliza como herramientas paralelas a efectos de determinar el potencial de que exista una preferencia»; es decir, como dos caras de la misma moneda.¹³

En efecto, la idea de independencia está directamente relacionada con la inexistencia de un vínculo cierto entre el *juzgador* y alguna de las partes del arbitraje. Si bien podría considerarse discutible que los árbitros de parte —al haber sido nombrados por una de las partes precisamente— puedan no considerarse *independientes* en la generalidad de los casos, lo cierto es que sería mucho más difícil negar que el perito de parte al que se encomienda elaborar un informe pericial para ofrecer sustento técnico a cierto reclamo demandado en un arbitraje *depende* de la parte que la contrató.¹⁴

¹² Para Redfern *et al.* mientras la dependencia «puede determinarse mediante un criterio objetivo, dado que no guarda ninguna relación con la forma en que está mentalizado el árbitro (o posible árbitro)», la imparcialidad es «un concepto subjetivo y más abstracto que el de independencia, ya que principalmente se refiere a una predisposición mental», presentando especial dificultad su medición objetiva. De todo ello se tuvo que, «[p]ara la versión de 1998 de su Reglamento, la LCIA entendió que el criterio adecuado era la imparcialidad, más que la independencia, dado que un árbitro que carezca de «independencia» en el sentido más restringido de la expresión de todos modos puede ser imparcial. De modo similar, un árbitro que cumpla el criterio de independencia podría no reunir el requisito de la imparcialidad». REDFERN *et al.* *Ob. cit.*, p. 305.

¹³ REDFERN *et al.* *Ob. cit.* *Loc. cit.*

¹⁴ En contra de este punto de vista se encuentran González de Cossío («Utilizo el posesivo «su» [perito de parte] con renuencia, puesto que el experto debe rendir un dictamen que no esté afectado por la parte que lo designó sino que sea una opinión objetiva [¿?] sobre el tema técnico específico»); y CRAIG, PARK y PAULSON («[...] Such experts, while obviously paid for their work, do not have the same interest in the outcome of the litigation as a party's employee. Detached from the dispute, they can evaluate the issues more objectively. By the same token, their testimony may lend additional credibility to a party's case»). Ver, respectivamente, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Edito-

Sin embargo, puede irse más allá y puede llegarse a señalar que sostener que un perito de parte es totalmente imparcial respecto a la parte que lo designó —de manera que no guarde ninguna forma de preferencia respecto de una de las partes o en relación a las cuestiones objeto de controversia— resulta ingenuo, en la medida que es lógico que la parte que busca presentar un sustento técnico para sus pretensiones, elija a un perito que comulgue con su visión de los hechos, que tenga una opinión que calce con la posición que dicha parte mantiene en el arbitraje.

Ciertamente, una lectura como ésta puede resultar controversial, sobre todo si se entiende al perito —fuesen sus servicios pagados por una sola o por ambas partes— como «un colaborador del tribunal en la búsqueda de la verdad», tal como lo hace Ezcurra.¹⁵

El problema con una posición de principio como ésta es que no puede prevalecer a la mera naturaleza de los hechos. Un perito se elige. Y esta elección —al menos en lo que respecta a los peritos de parte— no es inocente. El mismo Ezcurra admite que antes de proponer o no el nombre de un perito debe conocersele. Y parte de este conocimiento pasará por saber qué opinión tiene en relación a los temas objeto de la controversia:

Para [proponer a un experto con autoridad y legitimidad] es fundamental dedicarle tiempo a conocer al perito, conversar con él sobre sus trabajos anteriores, los artículos o libros que haya escrito, conocer su opinión sobre el tema respecto del cual se le pide que haga una pericia, conocer si antes emitió opinión sobre el mismo tema o temas relacionados, leer las opiniones que haya emitido. Hay que conocerlo todo, tanto para confirmar que es una buena elección como para, luego, prepararlo frente a los eventuales ataques a su credibilidad que podrían venir de la otra parte.¹⁶ (Salvo el correspondiente a la palabra <todo>, el subrayado es nuestro).

rial Porrúa, 2004, p. 248. not. 98; y CRAIG, W. Laurence, William W. PARK y Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oceana Publication, Inc., 2000, 3rd Ed., p. 442.

¹⁵ EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Comentarios al artículo 44 del Decreto Legislativo n.º 1071*. Inédito. p. 2.

¹⁶ EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*, p. 6.

No debe perderse de vista que lo que una parte busca al ofrecer una pericia es aportar al proceso un medio probatorio más que apuntale su posición. En esa medida, tal como las partes se preocupan, en general, de aportar al proceso, medios probatorios generados legítimamente —de manera que su valor persuasivo no se vea mermado—, así también se preocupan de elegir a un perito que pueda resultar creíble.

¿Qué cualidades debe reunir un perito de parte para ser creíble? Ezcurra recomienda que se trate, en lo posible, de una autoridad en el tema, que tenga habilidades comunicativas, que sea riguroso en su análisis del caso y que sea «absolutamente imparcial e independiente de la posición que sostiene la parte que lo contrató y que paga sus honorarios».¹⁷

El problema con esta última reivindicación es que deja en evidencia que no es posible conciliar la idea de la elección deliberada del perito de parte y su pretendida vocación de colaborador del tribunal en la búsqueda de la verdad.¹⁸ En el arbitraje el que busca la verdad es el tribunal arbitral no el perito. El perito ofrece sólo una opinión¹⁹ (en

¹⁷ EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*, p. 7.

¹⁸ Yendo incluso más allá, cabría agregar que no sólo el perito se *elige* sino que el informe pericial se *produce*: «Put simply, expert testimony is produced in a way that most non-expert testimony is not, coaching of lay witnesses notwithstanding. And there are obvious and powerful distorting and biasing forces at work in this production process, much of which occurs after the events being litigated and with an eye toward trial». NANCE, Dale A. «Reliability and the admissibility of Experts». *Seton hall law review*, 34:191 (2003), p. 229.

¹⁹ ¿Qué más se puede exigir de una opinión sino que se funde en lo que uno sinceramente cree? De ahí que los peritos que ofrecen sus dictámenes bajo las Reglas Aplicables a los Procedimientos Arbitrales de la *International Centre for Settlement of Investment Disputes* deban prestar el siguiente juramento antes de hacer cualquier aseveración: «Declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que lo que manifestaré estará de acuerdo con lo que sinceramente creo». Mientras que la declaración que se exige a un testigo si le exige la verdad y nada más que la verdad. *Cfr.* International Centre of Settlement of Investment. *Reglas Aplicables a los Procedimientos Arbitrales*. «Regla 35.- Declaración de testigos y peritos: [...] (2) Cada testigo hará la siguiente declaración antes de que se le interrogue: «Declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que lo que manifestaré estará de acuerdo con lo que sinceramente creo».

forma de dictamen no vinculante), respecto a la cual el tribunal puede sentirse persuadido o no. Que un perito que parece captado en una *expert shopping*²⁰ debe evitarse siempre es un imperativo que se debe no a que se transgreda la teleología del perito sino a que un profesional así no persuade a nadie y puede llegar incluso a dañar el caso de su cliente²¹. Es esta la verdadera razón de que siempre se deba optar por expertos con un entendimiento que si bien pueda ser afín o cercano a nuestra posición en el arbitraje, cuente a su vez con una fisonomía propia, que pueda llevar al perito inclusive a dictaminar parcialmente en contra de la parte que lo designó.²²

De todo lo anterior se deduce que no hace sentido hablar de conflicto de intereses respecto a los peritos de parte.

Pero, ¿y los peritos nombrados por el tribunal arbitral? En este caso son ambas partes las que deben asumir, en principio, el costo de realizar la pericia, con lo que todavía podría sostenerse que no *dependen* de alguna de las partes en particular. Tampoco podría dudarse *a priori* de su imparcialidad. ¿Ello quiere decir que respecto a los peritos de oficio cabe considerar la pertinencia de la noción de conflicto de intereses?

Consideramos que no. Nuestro entendimiento de las cosas en este aspecto se debe a breves razones de índole procesal. El perito no es más que un tercero interviniente en el proceso que participa en él sin *interés*²³ y que no cumple una labor de juzgador en estricto, en la medida

nemente, por mi honor y conciencia, que diré la verdad, toda la verdad y sólo la verdad». (3) Cada perito hará la siguiente declaración antes de que haga cualquier aseveración: «Declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que lo que manifestaré estará de acuerdo con lo que sinceramente creo».

²⁰ Ver RAEDER, Myrna S. «See no evil: wrongful convictions and the prosecutorial ethics of offering testimony by jailhouse informants and dishonest experts». *Fordham Law Review*, 2007, vol. 76, p. 1420.

²¹ EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

²² EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Ob. cit.*, *Loc. cit.*

²³ El *interés* al que aquí nos referimos coincide con la noción procesal de *interés para obrar*, esto es, «[la] necesidad de acudir al órgano jurisdiccional [o arbitral,

que no dirime la controversia, dado que el criterio que expresa en su dictamen es —como ya se dijo— sólo una opinión, que puede o no ser acogida por el tribunal arbitral. Éste será quién *juzgará* realmente, al decidir la controversia con carácter obligatorio y definitivo; competencia que, por lo demás, es indelegable.²⁴ Es por eso que, en puridad, un perito es irrecusable:²⁵ porque en el arbitraje el que *juzga* no es él.²⁶ La única razón de ser de la intervención del perito en un proceso arbitral es permitir la generación de un medio de prueba: el informe pericial.²⁷

como en este caso] como único medio capaz de procesar y posteriormente declarar una decisión respecto del conflicto que [se está] viviendo». Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*. Lima: Comunidad, 2003, p. 353.

²⁴ Al respecto, señalan Redfern *et. al.*: «La mayoría de los sistemas jurídicos consagran el principio que, a menos que así lo autoricen las condiciones de su designación, alguien a quien se le ha delegado un deber no debe delegar ese deber en alguien más. Siempre que quede en claro que el tribunal arbitral está simplemente consultando con un experto (y no intentando delegarle sus funciones) en principio, es difícil que pueda plantearse una objeción a la designación de un experto por parte del tribunal arbitral». REDFERN *et. al. Ob. cit.*, p. 442.

²⁵ Concordante con este punto de vista, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Ob. cit.*, p. 250.

²⁶ Vale la pena llamar la atención acerca del supuesto al que se refiere la décimo tercera disposición complementaria de nuestra norma arbitral. En ella se establece que la decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes e incluso deberá ser observada por la autoridad judicial o cualquier tribunal arbitral cuando los expertos en cuestión hayan sido designados para resolver exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. A la sazón no se trata sino de una suerte de arbitraje pericial cuyo resultado constituye, al fin y al cabo, un laudo que por ser tal tiene autoridad de cosa juzgada —tal como lo establece el numeral 2 del artículo 59 del Decreto Legislativo n.º 1071. Ver Decreto Legislativo que norma el arbitraje— Decreto Legislativo n.º 1071: «**Décimo Tercera**. Procedimiento pericial. Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una controversia de derecho que comprenda las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario».

²⁷ «Por medios probatorios o medios de prueba comprendemos todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, el

De manera que en ningún caso podría hablarse de un conflicto de intereses en el desarrollo de la labor de un perito, sea éste designado por iniciativa del tribunal arbitral o a solicitud de parte. Ello se debe —lo reiteramos— a que el perito no cumple una labor de juzgador en estricto, dado que sólo interviene en el proceso para la generación de un medio probatorio (el dictamen pericial), en base al cual será el tribunal arbitral el que generará su correspondiente *juicio*, siendo que además en el caso del perito de parte es claro que el profesional contratado *depende* de la parte que lo contrató y ha sido captado por su entendimiento del caso razonablemente afín al de la parte que lo eligió, lo cual es absolutamente legítimo.

3.2. *La preocupación subsistente por la neutralidad de la pericia y el debate entre su inadmisión y su valoración*

Con ocasión del fallo emitido en relación al caso Lehigh Valley RR Co. v. Germany, en 1932, la Comisión Mixta de Reclamaciones Estados Unidos - Alemania reflexionó acerca de la valoración que cabía otorgarle a las pericias y constató que a pesar de que las mismas analizan un problema técnico que por su complejidad podría admitir distintas conclusiones además de cierto margen de error, al final de cuentas al juzgador le quedaba la sensación de que, en cuanto a los elementos de juicio examinados por los peritos, sólo la opinión del juzgador permanecía neutral (*alone my judgment would be left in balance*).²⁸

juzgador y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento fuentes de prueba. Son ejemplos de medios de prueba: los documentos, la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales, los dictámenes periciales, etc.». BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA Editores, 2001, p. 99.

²⁸ REISMAN, W. Michael, W. Laurence CRAIG, William W. PARK, y Jan PAULSSON. *International Commercial Arbitration. Cases, materials and notes on the Resolution of International Business Disputes*. University Casebook Series. The Foundation Press, Inc., 1997, pp. 872-873.

El problema de la neutralidad del trabajo de los peritos no podría considerarse agotado por el solo hecho de que las herramientas metodológicas que se suelen usar para analizar problemas semejantes no puedan aplicarse a este caso en particular. La *sensación* a la que se refirió la Comisión Mixta no desaparecerá debido a que no se la pueda etiquetar como *dudas respecto a la imparcialidad o independencia de los peritos* o como la sospecha de un *conflicto de intereses*.

Proponemos, en ese sentido, superar el problema terminológico y usar una noción operativa para abordar el problema, precisamente la idea de la mera *neutralidad*. A pesar de que, a decir de Redfern *et. al.*, el concepto de *neutralidad* cuenta con un contenido propio y distinguible del concepto *imparcialidad*,²⁹ aquí nosotros queremos usar este término en un sentido laxo. Proceder que, por lo demás, hace sentido en la medida que hemos descartado ya el uso de nociones estrictas de tales como *independencia* e *imparcialidad*.

¿Qué hace el Tribunal para desarrollar pruebas periciales que le permitan obtener conclusiones debidamente *equilibradas* sobre los hechos objeto de la controversia? ¿Qué prácticas adopta para contar con pericias neutrales?

3.2.1. *El intercambio de información sobre los peritos*

Un primer paso en busca de este equilibrio es el intercambio de información relativa al perito entre las partes y el tribunal arbitral. Éste adopta procedimientos diferentes según se trate de una pericia ofreci-

²⁹ Respecto a la distinción aludida, dicen Redfern *et. al.*: «A primera vista podría pensarse que no es posible trazar una distinción válida entre los conceptos de «imparcialidad» y «neutralidad». Sin embargo, CRAIG, PARK y PAULSSON han dicho que una parte puede designar un árbitro que en general se predisponga a favor de aquella personalmente o de su postura en la controversia, siempre que la persona en cuestión sea al mismo tiempo capaz de aplicar en forma imparcial y juiciosa la prueba y los planteos presentados por ambas partes. [...]». Ver REDFERN *et. al. Ob. cit.*, pp. 305-306.

da por alguna de las partes o sea ordenada por el propio tribunal arbitral. En el caso de las pericias de parte se suele pedir simplemente que el informe pericial contenga una declaración respecto a una eventual relación presente o pasada (si la hubiera) con cualquiera de las partes,³⁰ de manera que dentro de un plazo fijado por el Tribunal las partes informen al mismo sobre cualquier objeción que tuviesen en relación a la neutralidad del perito. Por su parte, en el caso de los peritos de oficio la práctica usual consiste en consultar a las partes acerca de la posible designación de un profesional en particular;³¹ aunque otra forma de involucrar a las partes en la elección del perito común en el caso del arbitraje internacional, es la descrita y ponderada por Craig *et. al.*:

Como en la mayoría de cuestiones procedimentales en el arbitraje seguido ante la [International Chamber of Commerce], es conveniente obtener el acuerdo de las partes si es posible. En algunos casos, el tribunal envía una lista de expertos a las partes y les pregunta si alguno de los expertos propuestos les resulta inaceptable. Si este enfoque funciona, el tribunal solicitará una lista de expertos a ambas partes y tratará de elegir un candidato que ambos recomienden.³²

³⁰ Reglas de la *International Bar Association* sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional: «Artículo 5.- Peritos designados por las partes: [...] 2. El Dictamen Pericial deberá contener: a. el nombre completo y la dirección del Perito designado por la Parte, su relación pasada y presente (si la hubiere) con cualquiera de las Partes y una descripción de sus antecedentes, cualificación, capacitación y experiencia; [...]». (El subrayado es nuestro).

³¹ El Reglamento de Arbitraje de la *International Chamber of Commerce* acoge expresamente esta práctica: Artículo 20.- «Instrucción de la causa: [...] 4. 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 nombrado por el Tribunal Arbitral».

³² Traducción libre del siguiente texto: «As with most procedural issues in ICC arbitration, it is desirable to obtain the agreement of the parties if possible. In some cases, the tribunal submits a list of experts to the parties and asks whether any experts are unacceptable to either party. If this approach works, the tribunal will solicit a list of experts from the parties and try to choose a mutually recommended candidate». CRAIG, *et. al. Ob. cit.*, p. 459. En el mismo sentido, señalan

Existen dos razones para proceder a esta consulta a las partes, una práctica y otra de concepto. La razón práctica es resaltada por los autores citados previamente cuando señalan que, si bien involucrar a las partes en la designación puede hacer más extenso el proceso, sin embargo, puede —a su vez— reducir el número de objeciones que pueden hacer las partes al informe que prepare el perito que se designe finalmente.³³

Por otro lado, la razón de concepto tiene que ver con una lectura del debido proceso de cara a este procedimiento que explica así González de Cossío:

El deber de actuar conforme a debido proceso^[34] en el contexto de la designación de un contexto [sic] no sólo se limita a que dicho procedimiento tenga lugar, sino también a que las partes sea consultadas sobre la persona, sobre la misión del experto y a comentar sobre la opinión que rinda.³⁵

Redfern *et. al.*: «Al designar a un experto, el Tribunal ha otorgado a las partes la oportunidad de designar, de común acuerdo, a un experto de entre una lista de nombres e instituciones seleccionados por el propio Tribunal, con la advertencia que si las partes no lograban llegar a un acuerdo, el Tribunal elegiría al experto». REDFERN *et. al. Ob. cit.*, pp. 442-443.

³³ REDFERN *et al. Ob. cit.*, p. 442.

³⁴ Sobre la vigencia de esta garantía en sede arbitral, ha señalado el Tribunal Constitucional peruano: «Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso». (El subrayado es nuestro.) Sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC (Caso Fernando Cantuarias Salaverry), Fundamento Jurídico n.º 9.

³⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Ob. cit.*, p. 249. Redfern hace una relación de medidas que asisten a las partes durante la actuación de la prueba pericial que es fundamentalmente similar: (i) participar en la determinación del mandato conferido al experto en cuestión; (ii) objetar al experto propuesto si las partes tienen

Un punto de vista de este tipo, además de subsumirse en el principio de contradicción en materia probatoria —al cautelar que la actuación de las pruebas se desarrolle con conocimiento y participación activa de ambas partes, aun en sus etapas preliminares—³⁶ también guarda lógica con la obligación que se establece para los árbitros el numeral 2 del artículo 34 del Decreto Legislativo n.º 1071:

El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

3.2.2. *El debate entre la regla de la inadmisión y la metodología de la evaluación comparativa*

Pero ¿qué sucede si del resultado del intercambio de información referida al perito —el primero de los mecanismos de cautela de la neutralidad de la prueba pericial— surgiera una objeción a la designación del perito?

Más allá de las muy diversas modalidades de objeciones fundadas en la falta de neutralidad que pueden presentarse —y de las que no hay un listado expreso—,³⁷ corresponde abordar aquí cómo responde el tribunal arbitral a cuestionamientos como éstos.

dudas razonables respecto de su independencia o conocimiento en el área sobre la que debe emitir una opinión; (iii) revisar todo el material sobre el que se fundamenta el informe del experto; y (iv) solicitar al experto que concurra a una audiencia para ser interrogado.

³⁶ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «El Derecho fundamental a probar y su contenido esencial». En BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo y Giovanni PRIORI POSADA. *Apuntes de Derecho Procesal*. Lima: ARA Editores, 1997, p. 91.

³⁷ Caso opuesto al que corresponde a los peritos judiciales. Ver Aprueban el Reglamento de Peritos Judiciales, Resolución Administrativa del Titular del Pliego del Poder Judicial n.º 351 98 SE-TP-CME-PJ:

Artículo 31.- «Son impedimentos para participar en Audiencias o Diligencias periciales, cuando los Peritos:

- a) Tengan vínculo laboral o profesional vigente de carácter temporal o permanente con alguna de las partes.

Una pericia, tal como cualquier otro tipo de medio probatorio, debe ser admitido antes de ser actuado y —con base en esta actuación— es posteriormente valorado. Como se sabe, a través de su admisión los medios probatorios son incorporados al proceso al resultar conformes con una serie de criterios que si bien pueden replicar viejos principios procesales (tales como pertinencia, idoneidad, utilidad o licitud),³⁸ son dejados por nuestra norma a criterio exclusivo del tribunal arbitral. Por su parte, la valoración demanda la apreciación razonada de aquellos medios de prueba actuados en el proceso,³⁹ con el fin de sustentar la decisión que se tome sobre la materia controvertida, aunque esta apreciación se deje librada también al arbitrio exclusivo del tribunal arbitral.

Frente a una objeción relativa a la designación de un determinado profesional, el tribunal —luego de persuadirse sobre el cabal o relativo fundamento de la objeción— puede, en nuestra opinión, proceder de dos formas. Una primera consiste en no admitir —de plano— la pericia elaborada por el profesional cuestionado si es que se trata de una pericia de parte; o proceder a recomendar a otro si es que se trata de una mera propuesta de perito de oficio. Y la segunda consiste en admitir la pericia de parte o nombrar de todas formas al profesional propuesto, a pesar de los cuestionamientos que se hayan presentado, tomar nota de éstos y hacer la correspondiente valoración crítica del dictamen resultante —el cual siempre será objeto de las observaciones

-
- b) Él o su cónyuge o concubino, tengan parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de adopción, con alguna de las partes, o con sus representantes o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso.
 - c) Él o su cónyuge o concubino, tengan el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes.
 - d) Tengan interés directo o indirecto en el proceso.
 - e) Cualquier otro incumplimiento a disposiciones legales y/o internas del Poder Judicial».

³⁸ Para una breve explicación de cada uno, *ver* BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo y Giovanni PRIORI POSADA. *Ob. cit.*, pp. 83-88.

³⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo y Giovanni PRIORI POSADA. *Ob. cit.*, p. 93.

que puedan realizar ambas partes—, confrontando sus explicaciones a las que puedan ser aportadas a través de otras pericias o de las propias alegaciones de las partes.

En los Estados Unidos de América el debate alrededor de la elección de una u otra opción ha surgido en torno del concepto de *fiabilidad* de los dictámenes periciales, a propósito del impacto de lo fallado por la Suprema Corte en los casos *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* y *Kumho Tire Co. vs. Carmichael* sobre lo que establece la Norma Federal sobre Evidencias n.º 702, cuyo texto habría quedado como sigue:

Si un conocimiento de naturaleza científica, técnica o de alguna otra forma de especialización sirviera a quien verifica los hechos para entender la evidencia o para determinar el sentido de algún hecho sometido a controversia, un testigo calificado como experto con base en su conocimiento, habilidades, experiencia, entrenamiento o formación podrá ofrecer su testimonio en forma de dictamen, siempre y cuando (1) este testimonio esté basado en hechos o datos suficientes, (2) el testimonio sea producto de principios y métodos fiables, y (3) el testigo haya aplicado estos principios y métodos fiables al análisis de los hechos del caso.⁴⁰

La aplicación de esta regla ha llevado a que los jueces de primera instancia jueguen el papel de una suerte de filtro de aquellos testimonios que no resulten fiables,⁴¹ los cuales son declarados inadmisibles

⁴⁰ Traducción libre del siguiente texto: «If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case». NANCE, Dale A. *Ob. cit.*, pp. 191-192.

⁴¹ ¿Puede el testimonio de un perito clasificarse adecuadamente en fiable o no fiable y nada más? Nance se pregunta si tiene sentido defender una dicotomía como ésta: «The more fundamental question is this: Why should the final determination, reliable or not in Court, be determined by the norms of the scientific com-

de plano. Las razones en las que se basaría un criterio como éste son repasadas por Nance:

Como ya he detallado en otro lugar, las reglas de admisibilidad responden a una o más de tres preocupaciones básicas: (1) que quien verifique los hechos sea propenso a apreciar erróneamente el valor probatorio de ciertos tipos de evidencia o su valor persuasivo (lo que sucede básicamente en el caso de juicios con jurado); (2) que el valor probatorio de las pruebas ofrecidas resulte tan pequeño que no justifique ni en términos de tiempo ni de recursos —incluida la eventual atención que debería haberle dispensado el juzgador— su incorporación al proceso (cuestión que es de interés generalmente tanto del jurado como del juez); y (3) que quien verifique los hechos (el juez o el jurado) no debe ser obligado a evaluar el caso sobre la base de la evidencia ofrecida cuando probablemente exista evidencia de superior valor [probatorio] disponible.⁴²

munity instead of those of the legal community (other than the legal norm of deference itself)? If the scientific community recognizes scientific validity as a gradational, non-binary concept, as I think it does and must, then that community must employ one or more normatively informed, more or less determinate algorithms of its own for making any categorical determinations of validity that it is called upon to make. These norms will have developed to serve the interests of science or, more precisely, the scientific community. And if the scientific community sometimes thinks of scientific validity as an all-or-nothing concept, it is only because that community has developed dichotomous rules of thumb that, while —over and under— inclusive in some cases, roughly serve to further those interests. Why then should the scientific community's balancing of those interests, whether consciously and directly or indirectly by the application of rules of thumb, be taken as controlling the conduct of litigation?». NANCE, Dale A. *Ob. cit.*, p. 202.

⁴² Traducción libre del siguiente texto: «As I have detailed elsewhere, [admissibility] rules respond to one or more of three basic concerns: (1) that the trier of fact is prone to error in its assessment of the probative value of certain types of evidence or in its application of the burden of persuasion when faced with such evidence (concerns that are expressed primarily in regard to jury trials); (2) that the offered item of evidence will be of too little probative value to warrant the necessary expenditure of time and resources, including the cognitive resources of the trier of fact, necessary to incorporate it into the decision-making process (generally of concern in both jury and bench trials); and (3) that the trier of fact (judge or jury) should not be forced to assess the case based on the offered evidence when superior evidence is likely to be available». NANCE, Dale A. *Ob. cit.*, p. 222.

Nance apunta, posteriormente, que entre estas tres, la principal preocupación que inspira la aplicación de la regla de la inadmisión en este caso es la eventual credulidad con que los miembros del jurado —o en nuestro caso, los miembros del tribunal arbitral— puedan acoger el criterio ofrecido por un dictamen pericial poco fiable. Sin embargo, el propio Nance descarta este reparo, citando a Haak:

Si los jueces deben actuar como una suerte de guardianes que excluyan la evidencia científica que no ofrezca estándares mínimos de garantía de manera que el jurado no sea persuadido con base en evidencia científica débil, ¿cuán realista resulta esperar que los miembros del jurado sepan discriminar lo mejor de lo peor entre lo medianamente aceptable que ha sido admitido? Críticas como éstas llevan innegable fuerza si es que la credulidad de los miembros del jurado es la principal fuente de preocupaciones de la Corte.⁴³

Es más, llevando esta línea de razonamiento al extremo, ¿acaso no podría decirse que, en general, es poco realista pretender que un árbitro determine si un dictamen es fiable o no, dado su —generalmente— insuficiente conocimiento respecto a la disciplina empleada para realizar la pericia?⁴⁴

Frente al entrapamiento favorecido por la regla de la inadmisión, Nance propone una metodología de evaluación comparativa, la cual supone la actuación de otros medios de prueba y la valoración conjunta de todos estos aportes. Así, el autor propone que antes de excluir pruebas, lo que el tribunal debe hacer es fomentar la presentación de *mejores* pruebas, idea que resulta de ponderar las cualidades de la eficacia (que *pruebe* mejor) y de lo económico de su actuación.⁴⁵

⁴³ Traducción libre del siguiente texto: «[I]f judges need to act as gatekeepers to exclude scientific evidence which doesn't meet minimal standards of warrant because juries may be taken in by flimsy scientific evidence, how realistic is it to expect juries to discriminate the better from the worse among the half-way decent?. Such criticisms carry undeniable force if juror credulity is the source of the Court's concern». NANCE, Dale A. *Ob. cit.*, p. 225.

⁴⁴ *Cfr.* RAEDER, Myrna S., pp. 1450-1451.

⁴⁵ *Cfr.* NANCE, Dale A. *Ob. cit.*, p. 236.

Esta metodología no sólo ayudará al juzgador en su búsqueda de la verdad al concentrar su atención alrededor de cuán fiable resulta el conocimiento técnico del caso que cada parte muestra en su pericia, sino también proveerá al arbitraje de un apropiado incentivo para que las partes presenten pericias más fiables.⁴⁶

3.2.3. *Opinión de los autores*

Nosotros optamos por la metodología comparativa por una serie de razones adicionales a las expuestas por Nance. En primer lugar, como ya se tuvo oportunidad de señalar, la valoración de la prueba puede hacerse en base a criterios que establece libremente el Tribunal por expresa disposición de la ley. Afrontar un problema como el surgido alrededor de las dudas sobre la neutralidad de un dictamen pericial en la instancia de su valoración, determinando entonces qué extremos de la pericia tomar para fundar los criterios que luego se aplicarán en el laudo es un procedimiento absolutamente legítimo. Ello no sólo respeta sino también vigoriza el derecho de las partes a que se valoren debidamente los medios probatorios actuados en la medida que esta siga siendo razonada, crítica y basada en las reglas de la lógica.

En segundo lugar, una opción como esta evita que en los hechos se establezca una suerte de sucedáneo al procedimiento de recusación de árbitros aplicado a los peritos, el cual no sólo no sería conceptual ni legalmente admisible sino que se podría traducir en una persistente serie de incidentes procesales que quitarían dinamismo a la actuación de las pruebas ofrecidas en el arbitraje⁴⁷ y al mercado mismo de peritos arbitrales.⁴⁸

⁴⁶ Cfr. NANCE, Dale A. *Ob. cit.*, pp. 248-249.

⁴⁷ En efecto, en muchos casos que una recusación no obedece sino a una deliberada maniobra dilatoria dirigida a retrasar el desarrollo regular del arbitraje con el objeto de obtener más tiempo para apuntalar la defensa del caso o como una forma de *empujar* a negociar a una contraparte urgida porque la controversia se resuelva pronto.

⁴⁸ Como señalamos previamente, el mercado de peritos arbitrales en nuestro país es pequeño y se renueva muy paulatinamente. En este contexto, los cuestionamientos a la designación de peritos que se fundan en que el profesional elegido

En este sentido, y a menos que las partes arriben a un acuerdo en contrario, consideramos que en estos casos únicamente le correspondería al tribunal arbitral —tal como señala González de Cossío— «[...] tomar nota de las observaciones que sobre el [perito] se hagan y, en ejercicio de su facultad de resolver aspectos procesales, decidir libremente sobre la designación del mismo».⁴⁹

Sólo en dos casos en particular creemos que sería complicado defender esta opción y admitir la pericia. El primero, relacionado al dictamen pericial en sí mismo, corresponde a los casos en que la pericia es elaborada en base a datos manifiestamente falsos, que hagan que el dictamen que se funda en ellos sea inútil para el entendimiento de los hechos en controversia. Y el segundo caso, relativo a la persona del perito designado, corresponde a su vez al caso en que el cuestionamiento a su designación se funda en que el ingeniero elegido no cuenta con título profesional registrado en la Asamblea Nacional de Recto-

sirvió ya como perito en un arbitraje previo en el que emitió un dictamen favorable a la parte que lo propone hoy y similares, ignoran la fisonomía real de este mercado y, de dejarse prosperar, tornarían inoperante el mercado restringido de este tipo de profesionales.

⁴⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Ob. cit.*, p. 250. Esto se encuentra en la línea de lo establecido en el numeral 1 del artículo 34 del Decreto Legislativo n.º 1071 («Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso»). Esta redacción estaría inspirada en la del artículo 19 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL, el cual «[...] no sólo establece la libertad de las partes para determinar las reglas de procedimiento, sino que deja a los árbitros, en ausencia de acuerdo entre aquéllas, una amplia discreción acerca de cómo dirigir el procedimiento». Esta libertad sólo estaría sujeta al cumplimiento de los principios fundamentales del debido proceso. Concretamente, «[...] la obligación de tratar a las personas con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos (artículo 34.2)». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge [Presidente del Comité Editor], 2008, n.º 7), p. 64. Ver not. 48.

res ni con Certificado de Habilitación expedido por el Colegio de Ingenieros del Perú, dado que incorporar al proceso el informe pericial firmado por este profesional significaría ir en contra del texto expreso de la ley.

3.3. Colofón: *Las prácticas que favorecen una valoración crítica*

Una vez que se ha admitido la pericia de parte o se ha nombrado al profesional propuesto a pesar de los cuestionamientos que se hayan presentado, el dictamen pericial que se produzca podrá ser objeto de las observaciones que las partes crean conveniente hacer, pudiendo sus conclusiones ser confrontadas con las que se pueda desprender de otras pericias o de las propias alegaciones de las partes.

La multiplicidad de prácticas a las que el tribunal recurre, entonces, para poder realizar una valoración crítica de las pericias admitidas puede también clasificarse según éstas hayan sido ofrecidas por alguna de las partes o dispuestas por el propio tribunal.

El caso de los peritos de parte está condicionado por el problema recurrente de las pericias que interpretan asuntos técnicos muy complejos en sentido opuesto.⁵⁰ Ello provoca que generalmente los tribunales arbitrales convoquen a audiencias separadas en que las partes formulan observaciones a cada informe pericial o se solicita a los peritos que sustenten la labor que han desarrollado. (Evidentemente, siempre teniendo a los informes periciales elaborados como los parámetros bajo los cuales los mismos serán interrogados).⁵¹

⁵⁰ REDFERN *et al.*, *Ob. cit.*, p. 444.

⁵¹ O como señalan CRAIG *et al.*: «The written report is the foundation upon which the expert's oral examination is built». CRAIG *et al.* *Ob. cit.*, p. 443. Ahora bien, estos parámetros pueden leerse también en otro sentido: «[...] si en la audiencia un experto presta testimonio sobre otras cuestiones que no están incluidas en el dictamen presentado al tribunal y a la otra parte, ese testimonio adicional debería ser declarado inadmisibile». REDFERN *et al.* *Ob. cit.*, p. 447.

No obstante ello, la práctica en el arbitraje internacional podría ofrecernos otras alternativas más creativas.⁵² Una de las que Redfern *et. al.* comparten con nosotros consiste en la presentación simultánea de las pruebas periciales. Para ello se ordena la audiencia de manera que cada perito pueda ofrecer sus observaciones respecto a la pericia elaborada por su colega, uno frente al otro, con el correspondiente beneficio en términos de inmediatez⁵³ y de economía procesal.

Otra alternativa, que los autores citados denominan «Conferencia de Expertos» es descrita de la forma siguiente:

Los expertos presentaron informes por escrito como parte de la etapa escrita determinada por el Tribunal previa a la audiencia; luego, los expertos fueron interrogados por los abogados de cada parte en la audiencia; luego de que se realizaron todas las declaraciones orales pero con anterioridad a la presentación de los alegatos finales, el Tribunal confeccionó una lista de asuntos «técnicos» controvertidos y se sentó frente a los dos testigos para discutir sobre los puntos de la lista uno a uno de manera informal. Finalmente, el Tribunal le dio la oportunidad a los abogados de las partes para que realizaran alguna otra pregunta a fin de clarificar algún tema. [...] ⁵⁴

Ésta es una fórmula que está contenida en el numeral 3 del artículo 5 de la Reglas de la IBA sobre práctica de pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional,⁵⁵ respecto al cual el correspondiente Grupo de Trabajo señala lo siguiente en el comentario pertinente:

⁵² Por cierto: «[...] The flexible procedure of International arbitration and its relaxation of evidentiary rules provide a receptive Framework for hearing party-produced experts, who can make significant contributions to the resolution of complex technical disputes». REISMAN *et. al. Ob. cit.* p. 874.

⁵³ REDFERN *et. al. Ob. cit.*, p. 445.

⁵⁴ REDFERN *et. al. Ob. cit.*, p. 446.

⁵⁵ Reglas de la *International Bar Association* sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional: Artículo 5.- «Peritos designados por las partes: [...] 3. El Tribunal Arbitral podrá, a su discreción, ordenar que cualquiera de los Peritos designados por las Partes que hayan presentado Dictámenes Periciales sobre los mismos asuntos o sobre asuntos conexos, se reúnan y deliberen acerca de tales asuntos. En tal reunión, los Peritos designados por las Partes deberán tratar de llegar a un acuerdo sobre los asuntos en los cuales hayan tenido dife-

La práctica que aquí se sugiere, cuando lo considere oportuno el tribunal arbitral, puede resultar un mecanismo útil para hacer el procedimiento más económico. Respetables expertos de un mismo mercado, que probablemente se conocen entre sí, pueden identificar con relativa rapidez las razones que los llevaron a conclusiones divergentes y trabajar para encontrar puntos de acuerdo. El tribunal arbitral podrá también solicitar a los expertos designados por las partes establecer la razón de sus desacuerdos subsistentes. Allí donde los expertos han tenido éxito y han arribado a un acuerdo, las partes y el tribunal arbitral aceptarán probablemente sus resultados, pudiendo el proceso arbitral seguir adelante respecto a los asuntos realmente controvertidos en el caso.⁵⁶

Finalmente, una última alternativa podría ser la descrita por González de Cossío, aunque siempre y cuando la complejidad del tema justifique incurrir en este costo extra:

Cuando hay una discrepancia entre peritos presentados por las partes, el tribunal arbitral puede nombrar un perito tercero en discordia o puede nombrar un asesor⁵⁷ para que le oriente sobre la forma de interpretar los dictámenes existentes en el arbitraje. [...] ⁵⁸

rencias de opinión en sus Dictámenes Periciales y harán constar por escrito aquellos asuntos sobre los que lleguen a un acuerdo. [...]».

⁵⁶ Traducción libre del siguiente texto: «The practice suggested here, when deemed appropriate by the arbitral tribunal, can prove a valuable device to render the proceeding more economical. Respectable experts from the same trade, who are likely to know each other, can identify relatively quickly the reasons for their diverging conclusions and work towards finding areas of agreement. The arbitral tribunal may also direct party-appointed experts to state the rationale for any remaining disagreements. Where the experts have success and reach agreement, the parties and the arbitral tribunal will likely accept those findings, so that the arbitral process may proceed to the truly disputed aspects of the case». IBA Working Party. *Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration*. International Bar Association, 2000, p. 30.

⁵⁷ La figura del asesor no está regulada en el Decreto Legislativo n.º 1071. Sobre ella, agrega González de Cossío: «Los asesores del tribunal arbitral se encuentran sumamente vinculados a éste y lo auxilian de manera muy importante, sin que tengan la función de los peritos necesariamente en los tribunales judiciales». GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Ob. cit.*, p. 249.

⁵⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Ob. cit.*, *loc. cit.*

En lo que respecta a los peritos de oficio, el hecho de que en este caso no existan regularmente dos criterios técnicos diferentes que tengan que ser confrontados, hace que recurrir a alternativas como las descritas no sea útil. Es así que la práctica prevaleciente se limita a permitir que, además del tribunal, las partes puedan también interrogar al perito —que es la práctica que describe el numeral 2 del artículo 44 del Decreto Legislativo n.º 1071—⁵⁹ pudiendo al efecto ser asistidos por especialistas —tal como lo permite el numeral 6 del artículo 6 de la Reglas de la IBA sobre práctica de pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional—. ⁶⁰

Todas estas prácticas —además de permitirle al Tribunal una mejor comprensión de los aportes que le ofrecen los peritajes encomendados— corresponden también al respeto de la noción de debido proceso que describimos previamente con ayuda de González de Cossío y a la vigencia plena del principio de contradicción en materia probatoria.

Pero, más allá de ello, el desarrollo de estas condiciones especiales para la actuación de las pericias permite que los miembros del tribunal puedan efectuar una valoración conjunta de todos los aportes técnicos

⁵⁹ Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071:

Artículo 44.- «Peritos: [...] 2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes. [...]».

⁶⁰ Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional:

Artículo 6.- «Peritos designados por el Tribunal Arbitral: [...] 6. A instancia de Parte o del Tribunal Arbitral deberá presentarse en una Audiencia de Pruebas. El Tribunal Arbitral podrá interrogar al Perito designado por el Tribunal Arbitral y también podrá ser interrogado por las Partes o por un Perito designado por las Partes acerca de asuntos surgidos de las presentaciones de las Partes o de los dictámenes emitidos por Peritos designados por las Partes de conformidad con el artículo 6.5. [...]». (El subrayado es nuestro).

que le son ofrecidos y un examen crítico del sustento de las pericias, lo cual redundará en la apreciación razonada de los hechos analizados a través de estos medios de prueba.

EL ARBITRAJE EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

Álvaro Silva Rudat

EL ARBITRAJE EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

*Álvaro Silva Rudat**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Controversias entre el Estado o sus organismos reguladores y un operador de servicios de telecomunicaciones.— 2.1. Controversias entre el MTC y un operador.— 2.2. Controversias entre OSIPTEL y un operador.— 2.2.1. Procesos vinculados a aspectos regulatorios.— 2.2.2. Procesos vinculados a aspectos contractuales.— 3. Arbitraje entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.— 3.1. El arbitraje administrado por OSIPTEL.— 3.2. Las materias arbitrables.— 3.3. Los contratos de concesión de Telefónica del Perú.— 4. Arbitraje entre un operador y un consumidor o usuario del servicio.

1. INTRODUCCIÓN

Ha transcurrido más de una década desde que el Gobierno puso fin al período de concurrencia limitada y permitió el ingreso de la compe-

* Abogado graduado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Asuntos Regulatorios de Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha seguido el Curso de Gerencia para Abogados en la Yale University. Se ha especializado en Derecho de Competencia, Antitrust, Competencia Desleal, Asuntos Regulatorios de los Servicios Públicos, Derecho Administrativo y Comercial. Se ha desempeñado como abogado del Grupo Pantel hasta el año 1999. Desde esa fecha ha ocupado el puesto de Vice-Presidente Legal para Latino América de la firma Spacenet Rural Communications. Asimismo, es árbitro en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, es profesor de Derecho Comercial en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

tencia en el mercado de las telecomunicaciones. En 1993 existían 17 concesiones o registros otorgados como título habilitante para prestar distintos servicios de telecomunicaciones en el Perú. En el año 2002 dicha cifra se elevó a 422,¹ más 42 inscripciones en el Registro de Comercializadores.² Actualmente, el MTC ha publicado en su página web³ 235 empresas autorizadas para prestar servicios de valor añadido. El ingreso al mercado de nuevos operadores, que competían con el incumbente en los principales servicios (telefonía fija y móvil, servicios portadores, servicios de valor añadido), dio lugar, a su vez, a la aparición de los primeros conflictos entre empresas, ya sea por abuso de posición dominante o por incumplimientos contractuales, así como entre empresas y el Estado.

Desde el ingreso de la inversión privada en el sector, la evolución de éste ha sido vertiginosa, a la par con el imparable avance tecnológico. Cada día aparecen nuevos equipos y tecnologías disponibles, lo cual da lugar a nuevas ofertas de servicios hacia unas décadas inimaginables. Surgen también nuevas formas de desarrollar el comercio, a través de plataformas electrónicas.

La transmisión del conocimiento humano se ha masificado traspasando todas las fronteras, y las empresas necesitan que la transmisión de información sea *on line* y *en tiempo real*. La ingeniería electrónica, en unión con la informática, han dado lugar al nacimiento de redes mundiales de transmisión de información, que incluyen cable submarino intercontinental y satélites geoestacionarios, generando una *cultura de red*.

¹ Fuente: www.osiptel.gob.pe.

² De conformidad con el artículo 138 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, los servicios públicos de telecomunicaciones y/o el tráfico pueden ser comercializados, entendiéndose por comercialización o reventa la actividad que consiste en que una persona, natural o jurídica compra tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros a un precio al por menor.

³ www.mtc.gob.pe.

Todo ello da lugar a que existan numerosas empresas compitiendo en el sector, y contratando entre sí y con el Estado, lo cual podría generar, y de hecho ha venido generando, controversias entre los operadores, y entre operadores y el Estado.

Ante una amplia gama de posibles conflictos, el arbitraje surge como un mecanismo sumamente interesante para solucionar posibles controversias, sobre todo si tenemos en consideración lo siguiente:

- Generalmente las inversiones en telecomunicaciones son a gran escala, y las cuantías involucradas en las controversias son de montos elevados.⁴
- Por la constante evolución del sector se requiere de un mecanismo seguro, ágil y rápido.
- Existe un alto grado de especialización en materias técnicas involucradas en las controversias.
- Muchas veces existe un requerimiento de confidencialidad respecto de las empresas involucradas.
- Existe un organismo regulador que limita la autonomía de los operadores, fijando límites a la actuación de éstos en resguardo de la competencia y de los derechos de los consumidores, lo cual puede constituir una fuente de posibles controversias entre el regulador y los operadores en temas referidos a la regulación.

Veremos a continuación qué establece la normativa del sector de las telecomunicaciones respecto del arbitraje, considerando los distintos tipos de relaciones contractuales, administrativas o regulatorias

⁴ En el año 2005, la inversión extranjera directa en el sector ascendía a US\$ 4,953,000,000, equivalentes al 35 % de la inversión extranjera directa total. (Fuente: www.osiptel.gob.pe).

que pueden involucrar a los operadores, a la luz de las normas sectoriales que regulan el arbitraje en dicho sector.

Para estos efectos, consideramos «operador de telecomunicaciones» a toda persona natural o jurídica que cuenta con concesión, autorización o registro para la explotación de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones.⁵

Dicha definición comprende a las siguientes empresas que cuentan con:

- Registro para la prestación de servicios de valor añadido (Internet, correo electrónico, facsímil, mensajería de voz, entre otros).
- Concesiones para el servicio público.
- Portador local, y de larga distancia nacional e internacional.
- Telefonía fija local, telefonía en áreas rurales, telefonía móvil y servicios de comunicaciones personales (PCS).
- Servicios de buscapersonas y servicios multimedios.
- Servicio móvil de canales múltiples de selección automática.
- Servicio de conmutación para transmisión de datos.
- Servicios de distribución de radiodifusión por cable.
- Servicio móvil por satélite y móvil de datos marítimo por satélite.
- Autorización para la prestación de servicios de Radiodifusión Sonora (FM, onda media, onda corta, tropical, internacional).
- Autorización para la prestación de servicios de Radiodifusión por Televisión (VHF/UHF).

⁵ Conforme a la definición contenida en el Decreto Supremo n.º 008-2001-PCM.

2. CONTROVERSIAS ENTRE EL ESTADO O SUS ORGANISMOS REGULADORES Y UN OPERADOR DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

2.1. Controversias entre el MTC y un operador

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) se relaciona con los operadores, a través de las concesiones para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, las mismas que son aprobadas por Resolución Ministerial y perfeccionadas mediante la suscripción de un contrato de concesión con el MTC. Los servicios que se prestan bajo el régimen de concesión, son los servicios portadores, finales y de difusión de carácter público.⁶

La concesión, es definida por el artículo 47 de la Ley General de Telecomunicaciones, cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo n.º 013-93-TCC, como el acto jurídico mediante el cual el Estado cede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar un servicio portador, final o de difusión con carácter público.

Estas concesiones tienen un plazo de duración de veinte años cuando se trata de servicios públicos, renovables previa verificación del cumplimiento de las obligaciones legales que competen al concesionario.

En resumen, el concesionario adquiere el derecho a prestar el servicio y percibir del usuario, como retribución, la tarifa vigente para el respectivo servicio, obligándose a instalar, operar y administrar el servicio de acuerdo a las condiciones pactadas en el contrato de concesión.

Aunque las normas sectoriales no prevean expresamente un mecanismo de resolución de disputas para los contratos de concesión del

⁶ De acuerdo al artículo 121 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 020-2007-MTC.

sector de las telecomunicaciones, el artículo 63 de la Constitución permite al Estado someter a arbitraje nacional o internacional las controversias derivadas de una relación contractual.⁷

De igual manera, el numeral 3 del artículo 4 de Decreto Legislativo n.º 1071 (Decreto Legislativo que norma el arbitraje), el Estado puede someter a arbitraje nacional, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.

Con relación al sector de las telecomunicaciones, en el año 1994 se aprobó la Ley n.º 26285 (Disponen la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia), cuyo artículo 8 establecía como función de OSIPTEL, entre otras:

[...]

5. Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que se instauran para resolver las controversias de las empresas prestadoras de servicios entre sí, cuando este tipo de arbitraje haya sido pactado en los respectivos contratos de concesión. Establecer la relación de árbitros independientes a los que se someterán las empresas concesionarias y el Estado para resolver las discrepancias sobre el contrato de concesión, cuando el arbitraje para estos casos se encuentre pactado en dicho contrato. (El subrayado es nuestro).

⁷ Esta norma constitucional tiene como antecedente al artículo 16 del Decreto Legislativo n.º 662 que faculta al Estado a someter las controversias que se deriven de la ejecución o interpretación de los convenios de estabilidad jurídica u otros contratos que éste suscriba a tribunales arbitrales que pueden estar constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales el Perú es parte.

De otro lado, el artículo 48 del Decreto Legislativo n.º 757 establece lo siguiente: Artículo 48.- «En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual».

La inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones es, por tanto, totalmente factible, y en la práctica ha ocurrido con frecuencia.

En efecto, existen diversos contratos de concesión suscritos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en los que el operador y el Estado han acordado someter sus posibles divergencias a un arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

No obstante ello, actualmente el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha adoptado una posición distinta, y ha publicado en su página web⁸ un modelo de contrato tipo de concesión única para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, en el que ha incluido la siguiente cláusula:

VIGÉSIMOTERCERA.- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y RECLAMOS

23.01. Las PARTES convienen que cualquier litigio, controversia, duda, discrepancia o reclamación que se derive, surja o se dé en relación al presente Contrato, sus documentos complementarios, modificatorios o relacionados con él, directa o indirectamente, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, nulidad, validez, resolución o terminación, será resuelto amistosamente por las Partes y de no llegar a un acuerdo, la o las materias controvertidas serán finalmente resueltas por el Poder Judicial. En el caso específico de la empresa Telefónica del Perú, mediante Decreto Supremo n.º 11-94-TCC, se aprobó el contrato de concesión a celebrarse entre el Estado, representado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. - ENTEL PERÚ S.A. para la prestación de Servicios Portadores y Telefónicos Locales y de Larga Distancia Nacional e Internacional, el mismo que incluyó una cláusula que somete a arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima cualquier disputa que pudiera surgir entre dicha empresa y el Estado Peruano. Cláusula similar fue in-

⁸ www.mtc.gob.pe.

cluida en el contrato de concesión suscrito con la misma empresa para la prestación del público portador y el servicio telefónico local en las ciudades de Lima y Callao.⁹

En relación con las materias arbitrables, es de aplicación lo dispuesto en la Ley de Arbitraje vigente, en cuyo artículo segundo se establece que «pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen». Se ha dejado de lado el criterio negativo que recogía la ley anterior,¹⁰ según el cual determinadas materias, específicamente cuatro, no eran susceptibles de ser arbitradas, entre las que se encontraban las siguientes:

4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

Como comentan Castillo y Sabroso,¹¹ la supresión de la ley de los cuatro casos que constituían materia no arbitrable ha sido acertada, pues dichas cuatro excepciones estaban plagadas de excepciones, deviniendo así en inútiles.

Sobre los derechos otorgados por un contrato de concesión, que son de libre disposición y, por tanto, susceptibles de ser discutidos en un procedimiento arbitral, nos dice Lohmann¹² que por facultad de libre disposición ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad, es decir, es arbitrable una materia cuando

⁹ Como consecuencia de la fusión de Entel y CPT, los términos de los mencionados contratos fueron asumidos por CPT, hoy Telefónica del Perú S.A.A., en su condición de compañía incorporante (en lo sucesivo, Telefónica del Perú).

¹⁰ La ley anterior era la Ley n.º 26572.

¹¹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra, 2009, vol. 7, p. 47.

¹² LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca para Leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V, pp. 61-68.

exista libertad decisoria sobre el bien o derecho en discusión; cuando se puede celebrar una transacción o renunciar a los mismos.

2.2. Controversias entre OSIPTEL y un operador

2.2.1. Procesos vinculados a aspectos regulatorios

Únicamente Telefónica del Perú ha iniciado procesos arbitrales contra OSIPTEL, amparándose en su contrato de concesión. Así, tenemos una demanda arbitral presentada contra el organismo regulador en el año 2001 cuestionando los cargos de interconexión que OSIPTEL había establecido para la terminación e inicio de llamadas en redes de telefonía fija, y un proceso arbitral también contra OSIPTEL por la determinación del factor de productividad. Según Telefónica del Perú, OSIPTEL había sobreestimado el factor de productividad y, al hacerlo, había infringido los contratos de concesión.¹³

Empresas concesionarias distintas de Telefónica del Perú, sólo pueden cuestionar decisiones regulatorias observando las normas procesales que rigen los procedimientos administrativos en el Perú.

2.2.2. Procesos vinculados a aspectos contractuales

Hasta noviembre del año 2006 el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL) era una gerencia dentro de la estructura orgánica del OSIPTEL. A partir de la mencionada fecha, con la entrada en vigencia de la Ley n.º 28900, se otorgó al FITEL la calidad de persona jurídica de derecho público, adscrita al sector telecomunicaciones.

Con anterioridad a dicha fecha, existían diversos contratos de financiamiento suscritos por el OSIPTEL,¹⁴ con empresas operadoras

¹³ Publicados en: http://www.telefonica.com.pe/acercadetelefonica/pdf/2002_05_aspectos.pdf.

¹⁴ A la fecha, la posición contractual que en dichos contratos correspondía a OSIPTEL ha sido cedida a FITEL.

que habían sido adjudicadas con la buena pro en licitaciones públicas convocadas con el objeto de entregar financiamiento para la instalación, operación y mantenimiento de redes de telecomunicaciones en zonas rurales, con cargo a los recursos administrados por el FITEL.

Dichos contratos de financiamiento contemplan cláusulas arbitrales mediante las cuales las partes someten sus posibles controversias a arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio de Lima.

3. ARBITRAJE ENTRE EMPRESAS OPERADORAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES

Los conflictos entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, pueden ser sometidos al procedimiento administrativo de solución de controversias regulado por la Resolución de Consejo Directivo n.º 010-2002-CD/OSIPTTEL¹⁵ o, alternativamente, a arbitraje conforme a las normas generales que rigen el arbitraje en el Perú, es decir, pueden ser sometidas a arbitraje *ad-hoc* o a arbitrajes administrados por cualquiera de las instituciones que administran arbitra-

¹⁵ La función de solución de controversias se encuentra establecida en el artículo 49 del Reglamento General de OSIPTTEL aprobado mediante Decreto Supremo n.º 008-2001-PCM:

Artículo 49.- «Definición de Función de Solución de Controversias.

La función de solución de controversias autoriza a los órganos funcionales competentes de OSIPTTEL a resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que, dentro del ámbito de su competencia, surjan tanto, entre empresas operadoras, y entre una cualquiera de éstas y el usuario.

Quedan excluidas de esta función aquellas controversias que son de competencia exclusiva del INDECOPI.

Asimismo, OSIPTTEL es competente para conocer y resolver toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de EMPRESA OPERADORA.

La función de resolver controversias comprende además la de conciliar intereses contrapuestos. De llegarse a una conciliación exitosa y de ser ésta aprobada por el OSIPTTEL, se dará por terminada la controversia correspondiente».

jes en el Perú. Dentro de estas últimas, destaca el propio OSIPTEL, que como organismo regulador está facultado por ley para actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver controversias entre empresas operadoras, entre una empresa operadora y un usuario y entre una empresa operadora y el Estado.

3.1. El arbitraje administrado por OSIPTEL

Según el artículo 77 de la Ley General de Telecomunicaciones, el OSIPTEL tiene competencia para administrar arbitrajes de acuerdo a lo previsto en dicha ley y sus reglamentos.¹⁶

El arbitraje administrado por OSIPTEL es de aplicación cuando la materia sea arbitrable y las partes, mediante convenio arbitral o cualquier otro acto o documento con efecto análogo según la legislación vigente sobre la materia, hayan acordado someter sus controversias a arbitraje administrado por OSIPTEL o se sometan a éste como entidad nominadora. Adicionalmente, es aplicable cuando una controversia entre una empresa operadora y el Estado es de carácter patrimonial y disponible.

Para el efecto, el OSIPTEL mediante Resolución de Consejo Directivo n.º 011-99-CD/OSIPTEL (Reglamento de Arbitraje de OSIP-

¹⁶ Artículo 77.- «El OSIPTEL, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

[...]

8.- Administrar arbitrajes de acuerdo con lo previsto por esta Ley sus reglamentos».

Asimismo, el artículo 50 del Reglamento General del OSIPTEL establece lo siguiente:

Artículo 50.- «Arbitraje administrado por OSIPTEL.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, OSIPTEL podrá actuar como institución organizadora de arbitrajes para resolver las controversias indicadas y las de carácter patrimonial y disponible que puedan surgir entre el Estado y las Empresas operadoras. [...]».

TEL) creó el Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTTEL), el mismo que tiene por finalidad contribuir a la solución de controversias mediante la institucionalización y administración de arbitrajes entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

Dicho Centro tiene como órgano rector a la Corte Arbitral, la cual tiene a su cargo el cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 4 del Reglamento de Arbitraje de OSIPTTEL,¹⁷ así como la dirección del Centro y el establecimiento de las políticas del mismo.

La Corte está integrada por tres vocales designados por el Consejo Directivo de OSIPTTEL por un período de tres años, un Director y dos Vocales. Sus decisiones, concernientes a la administración de los arbitrajes que se le sometan, son adoptadas por mayoría de votos de sus miembros. En caso de empate, decide el Director. La Corte delibera válidamente con, por lo menos, dos de sus miembros.

¹⁷ Artículo 4.- «Son funciones del Centro:

- a. Administrar los arbitrajes que se le sometan.
- b. Designar a los árbitros cuando actúe como institución arbitral nominadora o cuando ellos no hubieran sido nombrados por las partes.
- c. Mantener una relación oficial de árbitros.
- d. Establecer la relación de árbitros independientes a los que se podrán someter las empresas concesionarias y el Estado para resolver las discrepancias sobre el contrato de concesión, cuando el arbitraje para estos casos se encuentre pactado en el contrato.
- e. Resolver las recusaciones en los casos a que se refiere el artículo 24 del presente reglamento.
- f. Absolver consultas y emitir dictámenes que se le soliciten relacionados con el arbitraje.
- g. Proponer al Consejo Directivo de OSIPTTEL la celebración de convenios o acuerdos de esfuerzos interinstitucionales.
- h. Delegar funciones específicas en cualquiera de las instancias del Centro.
- i. Cualquier otra actividad relacionada con el arbitraje entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, la administración de los arbitrajes o el ejercicio de su función como entidad nominadora».

El Centro mantiene una lista de árbitros en forma permanente, y propone al Consejo Directivo de OSIPTEL los miembros que deberán integrar dicha lista. En caso las partes designen árbitros que no figuren en dicha lista, éstos estarán sujetos a las reglas del Centro para los efectos del procedimiento para el que fueron designados, y siempre que el Centro no los objete.

El tribunal arbitral constará de un solo árbitro o tres, según lo convenido por las partes. A falta de convenio sobre el número de árbitros, el tribunal constará de un solo árbitro, salvo que la Corte establezca lo contrario.

Cuando haya que designar tres árbitros y las partes no hayan convenido un procedimiento para ello, el demandante designará un árbitro en su petición de arbitraje, el demandado designará otro árbitro al contestar la petición de arbitraje, y los dos árbitros así designados, designarán al árbitro que presidirá el tribunal arbitral.

Las normas de procedimiento, en cuanto a notificaciones, recusaciones, plazos, laudo, etc. están incluidas en el Reglamento de Arbitraje del OSIPTEL, aplicándose supletoriamente la Ley General de Arbitraje.

3.2. Las materias arbitrables

La Resolución de Consejo Directivo de OSIPTEL n.º 12-99-CD/OSIPTEL ha aprobado normas sobre materias arbitrables entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Como regla general, se establece en dicha norma que las empresas operadoras pueden someter libremente a arbitraje todas las controversias, determinadas o determinables, respecto de las cuales tienen facultad de libre disposición.

El mismo principio está contemplado en el Decreto Legislativo n.º 1071, según el cual pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

Sin embargo, el artículo 50 del Reglamento General de OSIPTEL, excluye a las materias consideradas como no arbitrables, las que, por tratarse del ejercicio de atribuciones o funciones de imperio del Estado, están referidas al cumplimiento de las funciones que corresponde desarrollar a OSIPTEL.

Asimismo, el OSIPTEL ha emitido la Resolución de Consejo Directivo n.º 012-99-CD/OSIPTEL, que califica determinadas materias como no arbitrables entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

Dicha exclusión, según la Exposición de Motivos de dicha norma, es de aplicación tanto a arbitrajes *ad-hoc*, como a arbitrajes administrados por cualquiera de las instituciones arbitrales existentes en el medio, incluyendo al propio OSIPTEL.

¿Puede el OSIPTEL determinar que controversias entre empresas operadoras pueden ser arbitrables y cuales no? En resumen, los fundamentos que expone OSIPTEL¹⁸ para justificar su capacidad para determinar que tipo de controversias entre operadoras es arbitrable, son los siguientes:¹⁹

¹⁸ En la Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo n.º 012-99-CD/OSIPTEL.

¹⁹ En congruencia con esta exclusión, el OSIPTEL ha establecido en el artículo 53 del Reglamento de Solución de controversias lo siguiente:

Artículo 53.- «Controversias entre Empresas

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

- a. Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. En estos casos, antes de resolver la controversia en primera instancia, el órgano funcional deberá solicitar al INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.
- b. Las relacionadas con la interconexión en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribu-

- i. Conforme a la normativa vigente, OSIPTEL es competente para resolver en la vía administrativa o en la vía arbitral determinadas controversias entre empresas operadoras, claramente establecidas en la normativa vigente.
- ii. El Reglamento de OSIPTEL establece que la vía arbitral es alternativa y excluyente de la vía administrativa, constituyéndose así en única excepción a la obligatoriedad y exclusividad de la competencia de aquélla, en la medida que la materia a resolver sea susceptible de ser arbitrada.
- iii. Por lo tanto, es necesario definir en qué casos procede acudir a una u otra vía, precisión que debe efectuarse mediante la definición de las materias no arbitrables, atendiendo al rol funcional que le compete al organismo regulador y, sobre todo, a la consideración del interés público que se pueda encontrar en juego en una hipótesis conflictual entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

ciones, que se paguen las empresas derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.

- c. Las relacionadas con el derecho de acceso a la red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.
- d. Las relacionadas con tarifas y cargos diferentes a los que se refiere el inciso b) precedente.
- e. Las relacionadas con aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones».

Asimismo, el artículo 78 de la Ley General de Telecomunicaciones, cuyo TULO fue aprobado mediante Decreto Supremo n.º 013-93-TCC, establece que el OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones en los siguientes casos:

- a. Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia que esta Ley señala.
- b. Las relacionadas con la interconexión de servicios y derecho de acceso a la red, incluye los aspectos técnicos y las condiciones económicas.
- c. Las relacionadas con las tarifas entre empresas.
- d. Las relacionadas con el aspecto técnico entre las empresas.

- iv. De esta manera, lo que OSIPTEL ha hecho al fijar materias no arbitrables, es adecuar la normativa del sector de las telecomunicaciones a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, identificando aquellas hipótesis en las que, por la naturaleza de las mismas, se encuentra involucrado el interés o el orden público, así como las atribuciones o funciones propias del Estado. En esa adecuación, el OSIPTEL ha identificado cuatro materias que, por su propia naturaleza, en atención a la *ratio* de la regulación vigente y de acuerdo a la Ley General de Arbitraje, deben ser consideradas como materias no arbitrables.

Las controversias que el OSIPTEL ha calificado como no arbitrables son las siguientes:

- a. Aquéllas en las que el interés de los usuarios o de las empresas operadoras puede ser afectado. Para estos efectos, se considera que una controversia puede afectar el interés de los usuarios o de las empresas operadoras, únicamente cuando ella se relaciona con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia, abusos causados por una posición dominante en el mercado y situaciones de monopolio, prácticas o acuerdos restrictivos.
- b. Aquéllas relacionadas con los aspectos esenciales de la interconexión de redes y servicios en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos,²⁰ antes de haberse establecido formalmente la relación

²⁰ El artículo 6 del TUO de las Normas de Interconexión, aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo n.º 043-2003-CD/OSIPTEL, establece que para los fines de interconexión, y teniendo en cuenta los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio, una red o servicio pueden ser desagregados en instalaciones esenciales. Se entiende que es instalación esencial toda parte de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que (i) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores; y (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.

Las instalaciones esenciales serán seleccionadas por los operadores en el proceso

de interconexión mediante la suscripción del respectivo contrato debidamente aprobado por OSIPTEL o, de ser el caso, antes de haberse emitido el correspondiente Mandato de Interconexión.

- c. Aquéllas relacionadas con los aspectos esenciales de la interconexión de redes y servicios en el orden técnico, económico o jurídico y/o en las que se involucre de algún modo la interrupción, suspensión o cesación de la interconexión misma, cuando afecte el interés de los usuarios.

Se entiende por aspectos esenciales de la interconexión a aquéllos sin los cuales no se puede efectuar la interconexión y que estén sujetos a regulación.

- d. Aquéllas relacionadas directamente con el ejercicio de las potestades supervisora o sancionadora de OSIPTEL.

Se establece que los convenios arbitrales que comprendan o pretendan la solución de alguna de las materias referidas en los incisos a) al d) precedentes, se entenderán como cláusulas de sometimiento a las instancias administrativas competentes de OSIPTEL únicamente en la parte correspondiente a la materia no arbitrable.

Asimismo, las controversias mencionadas en los literales a) y b), así como aquéllas relativas a los aspectos esenciales de la interconexión de orden técnico, económico o jurídico, una vez establecida la relación de interconexión mediante mandato o contrato aprobado por OSIPTEL, únicamente podrán ser sometidas al procedimiento previsto en el Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa.²¹

de negociación de la interconexión, tomando como referencia el Anexo de dicha resolución.

²¹ Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que el artículo 71 de la Resolución de Consejo Directivo n.º 043-2003-CD/OSIPTEL (Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión) establece, sobre este tema, que las discrepancias entre

Respecto de las instancias administrativas de OSIPTEL, el artículo 79 de la Ley General de Telecomunicaciones señala que para la solución de estas controversias, el OSIPTEL podrá a su criterio, utilizar un «mecanismo de tipo arbitral» en el cual cada una de las partes podrá designar representantes, formándose una instancia administrativa de solución de controversias. Lo resuelto por esta instancia administrativa, podrá ser apelable ante la presidencia del OSIPTEL, con lo que queda agotada la vía.

Asimismo, el artículo 80 de la misma ley señala que las partes pueden optar por darle al proceso señalado en el artículo anterior la «naturaleza de proceso arbitral», con los efectos previstos en la Ley General de Arbitraje, adecuándose el procedimiento en lo que fuere necesario.

Finalmente, queremos mencionar, que la norma de OSIPTEL que establece las «materias no arbitrables» fue emitida bajo la vigencia de la anterior Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572), que contenía un criterio negativo al enumerar determinadas materias que no eran susceptibles de ser arbitradas. Al amparo de dicho marco general, el OSIPTEL efectuó precisiones sobre cuáles eran las materias que involucraban el interés o el orden público, así como las atribuciones o funciones propias del Estado.²² Sin embargo, la nueva Ley de Arbitraje

empresas operadoras que se vinculen a la determinación de los montos a pagar o al cumplimiento de las obligaciones de pago originadas como consecuencia de la existencia de relaciones de interconexión, sean éstas relacionadas con cargos de interconexión o con retenciones de ingresos (morosidad, facturación y cobranza, etc.), constituyen materias no arbitrables por involucrar la evaluación de presuntos actos anticompetitivos o de competencia desleal, pudiendo ser sometidas por las empresas al OSIPTEL de acuerdo al Reglamento de Solución de Controversias.

²² La Exposición de Motivos de la propia resolución de OSIPTEL señala que, lo que se ha hecho, es «adecuar la normativa del sector de las telecomunicaciones a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, identificando aquellas hipótesis en las que, por la naturaleza de las mismas, se encuentra involucrado el interés o el orden público, así como las atribuciones o funciones propias del Estado».

(Decreto Ley n.° 1071), vigente desde el 2008, ha eliminado el criterio negativo, y actualmente son arbitrables todas las materias de libre disposición conforme a derecho, sin que exista ninguna exclusión expresa. Por lo tanto, actualmente, lo que correspondería es analizar en cada caso la libre disponibilidad del derecho en discusión.

3.3. Los contratos de concesión de Telefónica del Perú

En los contratos de concesión de Telefónica del Perú, se estipuló la voluntad de esta empresa de someter a un procedimiento arbitral administrado por OSIPTEL, cualquier controversia surgida o que surja entre ella con otra empresa prestadora de servicios de telecomunicaciones, que hubiera realizado un sometimiento expreso igual o similar o que acepte expresamente dicho sometimiento.

Este sometimiento es válido respecto de las controversias que se deriven de la relación entre dichas empresas como consecuencia de la prestación de los servicios de telecomunicaciones y, en especial, de la interconexión entre sus redes o, de sus redes y servicios. Dentro de este marco, la delimitación específica de la controversia estará a cargo de OSIPTEL.

4. ARBITRAJE ENTRE UN OPERADOR Y UN CONSUMIDOR O USUARIO DEL SERVICIO

Todo reclamo de un usuario debe ser dirigido, en primera instancia, a la misma empresa operadora, la misma que debe designar a un órgano como competente para resolver los reclamos.

En caso el usuario reclamante no se encuentre satisfecho con lo resuelto por la empresa operadora, puede apelar ante el OSIPTEL, organismo que tiene competencia exclusiva para conocer y resolver en segunda instancia los reclamos presentados por usuarios contra empresas operadoras, que versen sobre las siguientes materias:²³

²³ Ver artículo 58 de la Directiva sobre reclamos de usuarios.

- a. Facturación o cobro del servicio, lo que incluye expresamente las controversias vinculadas con la aplicación del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 716;²⁴
- b. Instalación, activación, traslado o suspensión del servicio;
- c. Calidad e idoneidad en la prestación del servicio, incluyendo veracidad de la información brindada al usuario;
- d. Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo solicitada por el usuario;
- e. Incumplimiento de la empresa operadora en activar o desactivar servicios suplementarios o adicionales que hubieren sido solicitados por el usuario.

La apelación será resuelta por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU).

No obstante, el artículo 28 de la Directiva sobre Reclamos de Usuarios establece que, en cualquier estado del procedimiento, hasta antes que el TRASU notifique la resolución final, el usuario reclamante y la empresa operadora podrán:

- Conciliar sobre el objeto del reclamo,
- Someterlo a arbitraje, o
- Celebrar una transacción extrajudicial.

Por lo tanto, se permite el arbitraje entre la empresa operadora y el usuario del servicio, siempre que las partes así lo hayan acordado.

²⁴ Decreto Legislativo n.º 716 (Dictan normas sobre Protección al Consumidor) Artículo 14.- «Las empresas que prestan servicios públicos no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los consumidores o usuarios al pago previo de la retribución facturada».

De otro lado, además del procedimiento de reclamos de usuarios, existen los procedimientos administrativos para la solución de controversias entre empresas operadoras y usuarios. A este respecto, el artículo 54 del Reglamento General del OSIPTEL establece que el OSIPTEL es competente para conocer y resolver en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas operadoras y usuarios:

- a. Las relacionadas con el incumplimiento de contrato de abonado y las condiciones de uso del servicio pactadas en él;
- b. Las relacionadas con el cumplimiento de ofertas, promociones, y productos de servicios públicos de telecomunicaciones; y,
- c. Las relacionadas con el cumplimiento del marco normativo aplicable a los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones. Esta competencia de OSIPTEL es opcional para el usuario en las controversias arriba señaladas, pudiendo el usuario optar por recurrir directamente a la vía judicial o arbitral.

ARBITRAJE INTERNACIONAL
APUNTES SOBRE EL ARBITRAJE CIADI

Alfredo Chang Arellano
Juan Chang Tokushima

ARBITRAJE INTERNACIONAL

APUNTES SOBRE EL ARBITRAJE CIADI

*Alfredo Chan Arellano**
*Juan Chang Tokushima***

Sumario: 1. Introducción.— 2. CIADI. Un poco de historia.— 3. ¿Quiénes pueden formar parte de un arbitraje CIADI?— 4. ¿Es necesario iniciar un proceso de conciliación antes de acudir a arbitraje?— 5. ¿Las partes tienen libertad de determinar el Derecho aplicable al fondo de la controversia?— 6. ¿Es válido el pacto de la ley de arbitraje peruana como regla procesal supletoria?— 7. ¿Es posible que las partes acuerden un procedimiento de nombramiento especial?— 8. ¿Las partes son libres de fijar el lugar del arbitraje?— 9. ¿Las partes pueden renunciar válidamente a los recursos impugnativos en contra del laudo arbitral?— 10. ¿Qué recursos pueden plantearse en contra del laudo arbitral conforme a la convención CIADI?— 11. ¿Es posible aplicar las convenciones de Nueva York y de Panamá respecto de un laudo CIADI?— 12. Notas finales.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje como institución es presentado como una vía alternativa adecuada para la resolución de conflictos por las diversas ventajas que ofrece frente a la jurisdicción ordinaria. Así es posible encontrar diver-

* Abogado asociado del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor del curso Contratos 2 en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** Abogado asociado del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor del curso Contratos 2 en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y adjunto de docencia del curso de Arbitraje y Análisis Económico del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

sos artículos y publicaciones que se enfocan en la flexibilidad y agilidad que presenta el arbitraje respecto de la conducción de las actuaciones procedimentales, en los costos que puede reducir para las partes, en su carácter especializado y técnico, y en la confidencialidad que rodean sus actuaciones, entre otros temas.

De este modo, el arbitraje se define en base a la dicotomía entre el fuero ordinario público (la jurisdicción ordinaria) y las ventajas de un foro privado gobernado por la voluntad de los particulares.

En materia de transacciones e inversiones de carácter internacional, el arbitraje representa mucho más que una alternativa para la solución de conflictos y se constituye como la única vía que garantiza al inversionista la seguridad de que el proceso se llevará a cabo sin el riesgo de interferencias o influencias que puedan ser ejercidas por cualquiera de las partes.

En materia de arbitraje internacional, la discusión entre las ventajas de un foro público y un foro privado al interior de un país, pueden convertirse en un aspecto poco relevante para el momento de definir el mecanismo de resolución de conflictos. Lo que requiere el inversionista es un foro neutral. Esto es, un foro en el que ni el Estado Contratante ni el Inversionista puedan tener influencia o ejercer algún tipo de control. Precisamente, esto es lo que ofrece el arbitraje internacional.

Como indica Jan Paulsson: «en el ambiente transnacional, el arbitraje internacional es el único juego. Es un monopolio de facto».¹

Es por ello que autores como Paulsson sostienen, incluso, que el arbitraje internacional representa una especie distinta al arbitraje do-

¹ Traducción libre del siguiente texto en idioma inglés: «*In the transnational environment, international arbitration is the only game. It is a de facto monopoly*». En: PAULSSON, Jan. «International Arbitration is not Arbitration» Stockholm International Arbitration Review 2008». Estocolmo: Juris Publishing, Inc., 2008, p. 2.

méstico. Paulsson sostiene: «He aquí la diferencia: el arbitraje constituye una alternativa a las Cortes, pero el arbitraje internacional es un monopolio —lo cual lo convierte en una criatura distinta—».²

Debido a la relevancia y a la necesidad de este instrumento se han constituido diversos organismos que tienen por objeto procurar el desarrollo del arbitraje internacional. El objeto del presente artículo es presentar los principios y elementos que caracterizan a uno de los organismos más importantes en materia de arbitraje internacional: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

2. CIADI. UN POCO DE HISTORIA

En la Decimoséptima Reunión Anual del Banco Mundial celebrada en Washington D.C. en septiembre de 1962, se planteó la posibilidad de crear un centro que se encargara de administrar y promocionar el arreglo de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros a través de la conciliación y el arbitraje. Y en dicha sesión, la Junta de Gobernadores del Banco encomendó a los Directores Ejecutivos que se encargaran de analizar el modo en que se podría implementar dicho centro.

Los Directores Ejecutivos convocaron a los más destacados juristas de los países miembros, a fin de obtener aportes para la creación de este centro. Las reuniones consultivas se realizaron en Addis-Abeba (diciembre 16-20, 1963), Santiago de Chile (febrero 3-7, 1964), Ginebra (febrero 17-21, 1964) y Bangkok (abril 27-mayo 1, 1964).

Asimismo, para la elaboración de los documentos de trabajo se obtuvo la cooperación administrativa de las Comisiones Económicas

² Traducción libre del siguiente texto en idioma inglés: «*Here is the difference: arbitration is an alternative to courts, but international arbitration is a monopoly —and that makes it a different creature—*». *Op. cit.*, p. 1.

de las Naciones Unidas y de la Oficina Europea de las Naciones Unidas. En estas reuniones participaron más de 80 juristas de los diferentes países miembros.³

Como resultado de ello, el 18 de marzo de 1965 los Directores Ejecutivos del Banco Mundial sometieron el «Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados» (Convenio del CIADI) a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración y vistas para la firma y ratificación del Convenio.

El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966 al haber sido ratificado por 20 países, constituyéndose el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

El CIADI tiene por objeto promocionar y prestar servicios para el desarrollo de la conciliación y el arbitraje en materia de inversión entre Estados Contratantes y Nacionales de otros Estados Contratantes.

Al 7 de enero de 2010 existen 144 países que han ratificado el Convenio para convertirse en Estados miembros.⁴

3. ¿QUIÉNES PUEDEN FORMAR PARTE DE UN ARBITRAJE CIADI?

La jurisdicción del CIADI tiene carácter consensual, es decir, no se puede obligar a un Estado Contratante a someter el arreglo de sus diferencias a un arbitraje CIADI, es necesario que ambas partes (el

³ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

⁴ List of Contracting States and Other Signatories of the Convention <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ContractingStates&ReqFrom=Main>

Nota recogida de la página web de CIADI: El Gobierno de la República de Bolivia

Estado Contratante como el Inversionista) hayan manifestado su aceptación a la jurisdicción del Centro.

Como se indica en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI: «El consentimiento es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente».⁵

El consentimiento para someter la controversia al arbitraje CIADI puede establecerse en una cláusula arbitral en el contrato de inversión, en un Tratado Bilateral de Inversión (BIT's por sus siglas en inglés), o puede ser emitida por el Estado a través de leyes o disposiciones legislativas en las que se establece como jurisdicción competente al CIADI para determinada clase de inversiones que son materia de promoción (declaración unilateral). En estos últimos casos, el inversionista sólo requiere acogerse a estas disposiciones para que se integre el consentimiento (por ejemplo, comunicando al Estado su intención de iniciar un arbitraje ante el CIADI).

firmó el Convenio del CIADI el 3 de mayo de 1991 y depositó su instrumento de ratificación el 23 de junio de 1995. El Convenio entró en vigor para Bolivia el 23 de julio de 1995. El 2 de mayo de 2007, el depositario recibió una notificación por escrito de la denuncia de Bolivia del Convenio. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio, la denuncia produjo efecto seis meses después del recibo de la notificación de Bolivia, es decir el 3 de noviembre de 2007.

Nota recogida de la página web de CIADI: El Gobierno de la República del Ecuador firmó el Convenio del CIADI el 15 de Enero de 1986 y depositó su instrumento de ratificación en la misma fecha. El Convenio entró en vigor para el Ecuador el 14 de febrero de 1986. El 6 de julio de 2009, el depositario recibió una notificación por escrito de la denuncia del Ecuador del Convenio. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio, la denuncia produjo efecto seis meses después del recibo de la notificación del Ecuador, es decir el 7 de enero de 2010.

⁵ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, p. 43.

Veamos con detalle los requisitos para participar en un arbitraje CIADI:

- Por el lado del Inversionista

De acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del Convenio CIADI para participar en un arbitraje CIADI el inversionista debe calificar como «un nacional de otro Estado Contratante» del Convenio CIADI.

Respecto de personas naturales, se exige que el inversionista haya tenido la calidad de nacional de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a arbitraje y, a su vez, en la fecha en que fue registrada la solicitud de arbitraje.

El Convenio CIADI establece de modo expreso que, en ningún caso, pueden someterse a la jurisdicción del centro, las personas que, en cualquiera de ambas fechas, hayan tenido la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.

Cabe anotar que este impedimento afecta también a los inversionistas que posean doble nacionalidad. De este modo, si el inversionista tiene doble nacionalidad y una de sus nacionalidades es la del Estado Contratante parte en la diferencia, no podrá participar en los procedimientos llevados a cabo ante el Centro.

Esta restricción es de carácter absoluto y no puede ser subsanada, incluso en aquellos casos en que el Estado Contratante parte en la diferencia, otorgue su consentimiento.⁶

⁶ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, p. 45.

Por otra parte, las personas jurídicas pueden participar en un arbitraje CIADI bajo dos supuestos:

- (i) Cuando a la fecha en que prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro hayan tenido la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, o
- (ii) Cuando las partes, debido al sometimiento de la persona jurídica al control extranjero, deciden atribuir a la persona jurídica el carácter de “nacional” de otro Estado Contratante, pese a que en la fecha de otorgado el consentimiento al arbitraje dicha persona jurídica calificaba como nacional del Estado parte en la diferencia.

Así, a manera de ejemplo, puede tratarse de una persona jurídica domiciliada en el Perú en la fecha en que se suscribió el contrato de inversión (y, por tanto, una empresa con nacionalidad peruana), pero que, sin embargo, las partes le han atribuido el carácter de nacional de España debido al control que dicho país ejerce sobre la persona jurídica.

En este caso, la persona jurídica podría participar válidamente en un arbitraje CIADI, considerando que las partes le han atribuido a dicha persona jurídica el carácter de nacional de «otro Estado Contratante», en este escenario, España.

Respecto de este último supuesto, consideramos que esta atribución de nacionalidad extranjera a la persona jurídica no requiere ser expresa en el contrato de inversión, a nuestro entender dicho reconocimiento puede ser implícito por el simple hecho de haberse pactado un arbitraje CIADI. Ésta ha sido la línea jurisprudencial arbitral del CIADI. Tal y como señala Claros Alegría:⁷ «[...] la

⁷ CLAROS ALEGRÍA, Pedro. «El Sistema Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones». En: *Biblioteca de Arbitraje*. Segunda Parte. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 447.

Jurisprudencia Arbitral del CIADI ha considerado que el acuerdo de atribución de nacionalidad puede ser implícito, incluso por la mera inclusión de la cláusula de sometimiento al CIADI en un acuerdo suscrito directamente con el inversor». (El subrayado es nuestro).

Sobre esta jurisprudencia CIADI, los autores Reed, Paulsson y Blackaby señalan: «En *LECTO vs. Liberia*, el reclamante, una compañía de Liberia controlada por nacionales franceses, suscribió un acuerdo de concesión con el Gobierno Liberiano. No hubo acuerdo explícito de las partes sobre la nacionalidad de LETCO para el propósito de la jurisdicción sobre la disputa. El Tribunal decidió, entre otras cosas, que un Estado Contratante, al suscribir un acuerdo de inversión que contiene una cláusula de arbitraje CIADI con una persona jurídica controlada por un extranjero y conociendo de la posibilidad de estar sujeta a la jurisdicción CIADI, sólo si accedía a tratar a dicha persona jurídica como nacional de otro Estado Contratante, debe considerarse que aceptó a dicho tratamiento por haber accedido a una cláusula de arbitraje CIADI. El Tribunal concluyó que éste fue especialmente el caso cuando la ley de un Estado Contratante requiere que el inversionista extranjero se establezca localmente como una persona jurídica para poder llevar a cabo la inversión». ⁸ (El subrayado es nuestro).

⁸ Traducción libre del siguiente texto en idioma inglés: «*In LETCO vs. Liberia, the claimant, a Liberian company controlled by French nationals, signed a concession agreement with the Liberian government. There was no explicit agreement among the parties as to the nationality of LETCO for the purposes of ICSID arbitration. The tribunal held that it had jurisdiction over the dispute. The tribunal found, among other things, that a Contracting State, in signing an investment agreement containing an ICSID arbitration clause with foreign controlled juridical persona and knowing that it could be subject to ICSID jurisdiction only if it has agreed to treat that juridical person as a national of another Contracting state, should be deemed to have agreed to such treatment by having agreed to the ICSID arbitration clause. The tribunal concluded that this was especially the case when the Contracting State's laws required the foreign investor to established itself locally as a juridical person in order to carry out the invest-*

Por lo tanto, sobre la base de la jurisprudencia CIADI, consideramos que las personas jurídicas que tengan como domicilio el Perú en la fecha de suscripción del contrato de inversión, pueden participar válidamente en un arbitraje CIADI, por la inclusión de una cláusula de sometimiento al CIADI, puesto que ello demostraría que ambas partes consideraban a dicha persona jurídica como «extranjera» (nacional de otro Estado Contratante).

- Por el lado del Estado Contratante

Por la suscripción y ratificación del Convenio CIADI los Estados Contratantes pueden participar en un arbitraje administrado por el CIADI.

No obstante, para que una subdivisión política u organismo público pueda acogerse a un arbitraje CIADI, se requiere una aprobación del Estado Contratante, salvo en aquellos casos en que el Estado Contratante haya notificado al Centro que dicha aprobación no era necesaria.

En el caso de Perú, la empresa Perúpetro S.A. no requiere de aprobación posterior del Gobierno Central para someterse a un arbitraje administrado por el CIADI, al haberse efectuado la notificación correspondiente con fecha 11 de octubre de 1996.

4. ¿ES NECESARIO INICIAR UN PROCESO DE CONCILIACIÓN ANTES DE ACUDIR A ARBITRAJE?

Como hemos indicado líneas arriba, el CIADI se encarga de administrar y promocionar el arreglo de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros no sólo a través del arbitraje, sino también por medio de la conciliación.

ment». [REED, Lucy; Jan PAULSSON y Nigel BLACKABY. «Guide to ICSID Arbitration». Holanda: Kluwer Law International, 2006, p. 18.

Sobre el particular, consideramos que la conciliación en materia CIADI no constituye una fase previa que deba ser culminada por las partes para iniciar el proceso arbitral. Por el contrario, las partes pueden iniciar el arbitraje de modo directo sin que pueda exigírseles haber llevado a cabo un proceso de conciliación previo.

Ello se puede apreciar del texto de la cláusula modelo recomendada por el CIADI. De acuerdo con esta cláusula, para que la conciliación tenga el carácter de prerequisite al arbitraje, ello debe pactarse en forma clara y específica por las partes en el convenio arbitral:⁹

I. CLÁUSULAS BÁSICAS DE SOMETIMIENTO

A. Consentimiento con respecto a diferencias futuras

Según el Convenio, el consentimiento puede darse por anticipado respecto de una clase determinada de diferencias futuras. Las cláusulas relativas a diferencias futuras son una característica ordinaria de los acuerdos de inversión celebrados entre Estados Contratantes e inversionistas que son nacionales de otros Estados Contratantes.

Cláusula 1

El [Gobierno]/[nombre de la subdivisión política u organismo público] de nombre del Estado Contratante (en adelante denominado el «Estado Receptor») y nombre del inversionista (en adelante denominado «el Inversionista») convienen por la presente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el «Centro») toda diferencia que surja de este acuerdo o se relacione con el mismo, para su arreglo mediante [conciliación]/[arbitraje]/[conciliación seguida de arbitraje si la diferencia permanece sin resolverse dentro de plazo después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes] de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante denominado el «Convenio»). (El subrayado es nuestro).

Sobre esta cláusula modelo, Schreuer señala lo siguiente: «Las Cláusulas Modelo 1 y 2 de CIADI de 1993, sugieren que las partes especifiquen si su consentimiento se refiere a la conciliación o al arbi-

⁹ Fuente: <http://icsid.worldbank.org>

traje. Alternativamente, se sugiere que las partes consientan a «[...] conciliación seguida, si la disputa continúa sin resolverse en [rango límite de tiempo] después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes, a arbitraje [...]». Referencias a «conciliación o arbitraje» o a «conciliación y arbitraje» son menos claras, debido, presumiblemente, porque la elección entre los dos métodos se deja en manos de la parte que inicia los procedimientos».¹⁰ (El subrayado es nuestro).

En atención a lo anterior, podemos señalar que el mecanismo de la conciliación tiene un carácter eminentemente facultativo en el arbitraje CIADI y, por tanto, las partes pueden recurrir al arbitraje de forma directa; a menos que la conciliación haya sido colocada expresamente como un prerrequisito en el convenio arbitral.

5. ¿LAS PARTES TIENEN LIBERTAD DE DETERMINAR EL DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA?

La respuesta es afirmativa. Conforme al artículo 42, numeral 1 de la Convención CIADI, «El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes».

De esta manera, es válido que las partes puedan pactar, por ejemplo, la ley peruana como la aplicable al fondo de la controversia en un

¹⁰ Traducción libre del siguiente texto en idioma inglés: «The 1993 ICSID Model Clauses 1 and 2 biggest that the parties specify whether their consent relates to conciliation or to arbitration. Alternatively, they suggest that the parties consent to «[...] conciliation followed, if the dispute remains unresolved within [a stated time limit] of the communication of the report of the Conciliation Commission to the parties, by arbitration [...]». References to «conciliation or arbitration» or to «conciliation and arbitration» are less clear, although, presumably, the choice between the two methods is left to the party instituting proceedings». (SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge, 2001, pp. 96).

proceso en el que el Estado peruano sea parte. Asimismo, incluso en el caso de que las partes no hayan fijado la ley aplicable, el Tribunal aplicaría la ley peruana, ello en tanto que según lo establecido en el artículo 42, numeral 1 de la Convención, «a falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de Derecho Internacional que pudieren ser aplicables».

Por lo tanto, en el caso de que el Perú se encuentre bajo la jurisdicción CIADI, serán las normas peruanas las que decidan el fondo de la controversia, a menos que las partes hayan acordado la aplicación de otro marco normativo.

Cabe señalar que, conforme al artículo 42, inciso 2, el Tribunal Arbitral no puede eximirse de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia bajo el pretexto de silencio u oscuridad de la ley acordada por las partes para resolver el fondo de la controversia.

6. ¿ES VÁLIDO EL PACTO DE LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA COMO REGLA PROCESAL SUPLETORIA?

De la misma forma, conforme al artículo 44 de la Convención CIADI, las partes tienen la facultad para acordar reglas propias que regirán el proceso arbitral: «Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal». (El subrayado es nuestro).

Según esta disposición, es posible que las partes decidan pactar reglas específicas para regular el desarrollo del proceso. No obstante, a diferencia de la aplicación de las normas peruanas para decidir el fondo de la controversia, consideramos cuestionable que se pacte una ley de arbitraje (o cualquier otra norma), como fuente supletoria de reglas de procedimiento.

Si bien las partes tienen facultades suficientes para apartarse del Reglamento CIADI, dicha facultad es limitada, pues hay ciertas disposiciones vinculadas a la Convención CIADI que son inderogables. Tal y como señala Schreuer: «La discreción de las partes para apartarse de las Reglas de Arbitraje no es ilimitada. Las Reglas establecen provisiones inderogables de la Convención, que no pueden ser modificadas por las partes. En particular, artículos 37-40 y 56 de la Convención contienen una serie de reglas mandatorias concernientes a la composición del tribunal que no pueden ser derogadas a través de una modificación de las Reglas del Arbitraje. De manera similar, las partes pueden acordar sobre la proporción de los costos que debe asumir cada una de ellas. Pero, no pueden reducir ni remover las obligaciones financieras hacia el Centro bajo los artículos 59-61 a través de una modificación de la Regla de Arbitraje».¹¹

En efecto, someterse a una ley de arbitraje determinada (aunque sea de manera supletoria), puede atentar contra una de las características esenciales de un arbitraje CIADI: el ser un arbitraje «deslocalizado» y «neutral». Esto es, no estar sometido a la legislación procesal de ningún país. Precisamente, por lo anterior, Schreuer señala que: «la ley nacional que rige el arbitraje en la sede del Tribunal, no será de aplicación. El orden público (*public policy*) del sistema legal de la sede del tribunal tampoco afecta la elección de las reglas procesales de las partes».¹²

¹¹ Traducción libre del siguiente texto en idioma inglés: «The parties' discretion to depart from the Arbitration Rules is not unlimited. To the extent that the Rules restate non-derogable provisions of the Convention, they may not be modified by the parties. In particular, Arts. 37-40 and 56 of the Convention contain a number of mandatory rules concerning the composition of the tribunal which may not be departed from through a modification of the Arbitration Rules. Similarly, the parties may agree on the proportion of the costs to be borne by each of them. But they cannot reduce or remove their overall financial obligation towards the Centre under Arts. 59-61 through an agreed modification of Arbitration Rule 28». (SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, p. 96).

¹² Traducción libre del siguiente texto en idioma inglés: «[...] the national law governing arbitration at the tribunal's SEAT will not apply. Nor does the public

No debe olvidarse que el sistema CIADI se origina en un tratado internacional y, como tal, genera obligaciones internacionales de parte del Estado. Por tanto, el cumplimiento de las disposiciones del tratado primaría sobre las disposiciones de derecho interno en caso de conflicto.

Más aún, lo usual dentro de procesos arbitrales CIADI es que cuando las partes acuerden reglas procesales específicas, estas tengan por objetivo dar un mayor detalle a las disposiciones del Reglamento CIADI, antes que modificar las reglas contenidas en él: «En la práctica actual, las partes frecuentemente acuerdan en puntos procesales específicos. Pero, estos acuerdos no constituyen distanciamientos mayores a las Reglas de Arbitraje y, generalmente, se trata de especificaciones más que modificaciones a las Reglas».¹³

En consecuencia, consideramos que en un arbitraje CIADI, el Tribunal Arbitral que se constituya para esos efectos, se sentirá inclinado a aplicar primero las disposiciones del Reglamento CIADI (en todo lo no pactado de manera expresa por las partes) y, en su defecto, resolverá de la manera que considere más conveniente, sin considerar a la Ley de Arbitraje Peruana como fuente supletoria de normas procesales, pese a que ello haya sido pactado por las partes.

7. ¿ES POSIBLE QUE LAS PARTES ACUERDEN UN PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO ESPECIAL?

Las partes tienen libertad para fijar el procedimiento de nombramiento que más se adecúe a sus intereses (Principio de Libertad de elección

order (public policy) of the legal system of the tribunal's SEAT affect the choice of procedural rules by the parties». (SCHREUER, Christoph. *Op. cit.*, pp. 672).

¹³ Traducción libre del siguiente texto en idioma inglés: «In current practice, the parties frequently reached agreement on specific procedural points. But, these agreements did not constitute major departures from the Arbitration Rules and were generally more in the nature of specifications rather than modifications of the Rules». (SCHREUER, Christoph. *Op. cit.* pp. 671).

de las partes). Incluso, no es requisito indispensable que los árbitros nombrados por las partes se encuentren registrados ante el Centro.

No obstante ello, como entidad que desarrolla el arbitraje internacional, el CIADI contiene disposiciones específicas que tienen por objeto mantener la neutralidad en el arbitraje. Es por ello que en las reglas del arbitraje CIADI se establecen reglas imperativas que deben ser observadas por las partes al momento de constituir al Tribunal que tenga a su cargo la controversia. Estas reglas son las siguientes:

- (a) El Tribunal debe consistir en un solo árbitro o en un número impar de árbitros (artículo 37.2.a).
- (b) La mayoría de los árbitros no debe ser nacional o co-nacional de las partes. Esta regla no se aplica si cada árbitro es designado por las partes de común acuerdo (artículo 39).
- (c) En caso de que las partes decidan designar árbitros que no se encuentran registrados ante el Centro (esto es, inscritos en la Lista de Árbitros del CIADI), deberán poseer las cualidades requeridas para formar parte de dicha lista (artículo 40.2).

Asimismo, a falta de designación de árbitros dentro de los plazos acordados por las partes, conforme a la Regla 2 del Reglamento CIADI, es posible solicitar al CIADI el nombramiento de un árbitro.

Por lo tanto, si bien las partes tienen libertad para fijar reglas para el nombramiento del Tribunal Arbitral, dichas reglas no pueden contravenir las disposiciones específicas del Convenio CIADI.

8. ¿LAS PARTES SON LIBRES DE FIJAR EL LUGAR DEL ARBITRAJE?

Usualmente, las leyes de arbitraje (incluyendo la peruana), distinguen a la «sede del arbitraje», del «lugar del arbitraje».

La «sede del arbitraje» es la ubicación física donde se llevan a cabo las audiencias y demás reuniones durante la tramitación del proceso. Es decir, define el espacio físico donde se llevará a cabo el arbitraje. En cambio, el «lugar del arbitraje» reviste una mayor importancia, pues, conforme explica Mantilla-Serrano: «(el lugar del arbitraje) opera como un vínculo jurídico que permite [...] definir el marco jurídico en el que se desarrollará el procedimiento arbitral, definir los jueces que serán normalmente competentes para ciertas funciones de apoyo judicial al arbitraje, y conferirle una «nacionalidad» al laudo que se dicte».¹⁴

De esta manera, conforme a la Ley de Arbitraje peruana, es posible que las partes pacten que la sede será en Perú (por ejemplo, en las oficinas del Presidente del Tribunal ubicadas en Lima, Perú) y, a la vez, determinen que el lugar del arbitraje sea en un país distinto (por ejemplo, Inglaterra). En este caso, las audiencias y reuniones se llevarían a cabo en Perú, pero la autoridad competente para conocer del recurso de anulación contra el laudo será la Corte Inglesa.

Sin embargo, lo anterior debe ser matizado en un arbitraje CIADI. Como hemos explicado, la principal característica del arbitraje CIADI es la de ser un arbitraje «deslocalizado». Esto es, no estar sometido a la legislación procesal ni a las cortes de ningún país.

Por ello, consideramos que las partes no pueden acordar un «lugar del arbitraje» dentro de un arbitraje CIADI.

Lo que sí resulta posible, es que las partes pacten libremente la «sede del arbitraje». Sin embargo, la regla general es que la «sede del arbitraje» (esto es, el espacio físico donde se llevarán a cabo las audiencias y reuniones vinculadas al proceso arbitral), sea la sede del Centro (oficina central del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento

¹⁴ MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 157-158. Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, pp. 129-130.

ubicada en la ciudad de Washington): «Los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramitarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo siguiente, en la sede del Centro» (artículo 62 de la Convención CIADI).

Cuando las partes, de común acuerdo, fijen una sede diferente, se deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- (a) Que dicho lugar sea la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiera llegado a un acuerdo a tal efecto (artículo 63.a); o,
- (b) En caso se trate de otro lugar, éste debe ser aprobado previamente por el Tribunal, previa consulta con el Secretario General del Centro (artículo 63.b).

9. ¿LAS PARTES PUEDEN RENUNCIAR VÁLIDAMENTE A LOS RECURSOS IMPUGNATIVOS EN CONTRA DEL LAUDO ARBITRAL?

Con el objeto de proteger el arbitraje, la Convención CIADI rechaza de manera expresa la posibilidad de que el caso sea apelado ante una segunda instancia (sea arbitral o judicial) o que sea impugnado bajo cualquier otro recurso, excepto en los casos indicados en el Convenio. Así, el artículo 53.1 de la Convención CIADI dispone de manera expresa que «[...] el laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio».

De esta manera, los únicos cuestionamientos válidos que pueden ser interpuestos ante un Laudo CIADI, son aquéllos expresamente contemplados en la Convención.

Sobre el particular, es importante anotar que no resulta válido que las partes renuncien al ejercicio de los recursos previstos en la conven-

ción. En esa medida, los recursos contra el Laudo CIADI forman parte de las normas imperativas que no pueden ser modificadas por las partes.

Al respecto, Parra señala:

El artículo 53(1) de la Convención [...] establece en categóricos términos que un Laudo emitido conforme a la Convención debe ser obligatorio para las partes y no puede ser objeto de ninguna apelación de ningún otro remedio, salvo los previstos por la Convención. Las partes, por lo tanto, no pueden acordar que el Laudo pueda ser apelado o proceder en contra de los confines de la Convención. Y tampoco, de otro lado, pueden las partes vincularse a sí mismas para no utilizar los remedios previstos por la Convención. El texto de la Convención sobre estos remedios no ofrece dicha opción.¹⁵

Por lo tanto, las partes podrán interponer los recursos expresamente previstos en dicha Convención, aun cuando hayan renunciado de manera amplia a plantear cualquier recurso en contra del Laudo Arbitral.

10. ¿QUÉ RECURSOS PUEDEN PLANTEARSE EN CONTRA DEL LAUDO ARBITRAL CONFORME A LA CONVENCIÓN CIADI?

Cualquiera de las partes podrá válidamente plantear los siguientes re-

¹⁵ Traducción libre del siguiente texto en idioma inglés: «Article 53(1) of the Convention [...] provides in categorical terms that an award made pursuant to the Convention shall be binding on the parties and not subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in the Convention. The parties, therefore, cannot validly agree that the award may be appealed or otherwise proceeded against outside the confines of the Convention. Nor, on the other hand, can the parties bind themselves not to seek the remedies provided for in the Convention. The provisions of the Convention on those remedies do not offer that option». (PARRA, Antonio R. «The Limits of Party Autonomy in Arbitration Proceedings under the ICSID Convention». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1999, vol. 10, n.º 1, 1999, pp. 32).

curso en contra del Laudo Arbitral (aún cuando exista una renuncia expresa a los mismos):

- (a) Recurso de rectificación (artículo 49.2 de la Convención CIADI): Consiste en solicitar la corrección de errores materiales, aritméticos o similares o en solicitar pronunciamiento sobre algún punto controvertido que no fue resuelto por el Tribunal Arbitral.
- (b) Recurso de aclaración (artículo 50.1 de la Convención CIADI): En caso exista disputa entre las partes sobre el sentido o alcances del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración. La solicitud será resuelta por el mismo Tribunal Arbitral que emitió el laudo. Cuando ello no fuera posible, se constituye un nuevo tribunal arbitral únicamente para estos efectos.
- (c) Recurso de revisión (artículo 51 de la Convención CIADI): Sobre la base del descubrimiento de un hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, la parte interesada puede solicitar la revisión de lo resuelto por el Tribunal, siempre que, al momento de dictarse el laudo, tal hecho hubiera sido desconocido por el Tribunal y por la parte que insta la revisión, y que el desconocimiento de ésta última no se deba a su propia negligencia.
- (d) Recurso de anulación (artículo 52 de la Convención CIADI): Se trata de un recurso que no permite revisar el fondo de la controversia ni modificar la decisión del tribunal arbitral. Se limita a atacar aspectos formales que afectan la legitimidad del fallo, sobre la base de causales taxativamente reguladas por la propia Convención, y que pueden determinar la nulidad parcial o total del laudo arbitral. Dado que, como dijimos, el sistema CIADI se trata de un arbitraje deslocalizado, la anulación no es vista por ningún Poder Judicial del mundo. Por el contrario, es resuelta por un cuerpo colegiado designado por el propio Centro, conforme a la Convención CIADI.

11. ¿ES POSIBLE APLICAR LAS CONVENCIONES DE NUEVA YORK Y DE PANAMÁ RESPECTO DE UN LAUDO CIADI?

Para dar respuesta a la presente pregunta, es necesario diferenciar el reconocimiento de un Laudo de su ejecución.

El reconocimiento implica que el Estado en el cual se ejecuta el Laudo lo considere válido y vinculante sin que proceda revisión alguna sobre la forma y fondo. Para estos efectos, cada Estado tiene un procedimiento especial (denominado «*exequátur*») a través del cual se homologa un laudo extranjero para que pueda ser ejecutado dentro del país. Las Convenciones de Nueva York y de Panamá tienen como propósito establecer procedimientos simplificados de reconocimiento de laudos extranjeros.

La Convención CIADI —a diferencia de las Convenciones de Nueva York y Panamá— no establece un proceso simplificado de *exequátur*, sino que establece la obligación de todos los Estados firmantes de reconocer de manera absoluta un Laudo emitido dentro de un arbitraje ante el CIADI: «Todo Estado Contratante reconocerá el laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado» (artículo 54.1).

De esta manera, un Laudo CIADI no puede estar sujeto a ningún proceso de reconocimiento de laudos (*exequátur*) y, por lo tanto, no será de aplicación el Convenio de Panamá, Nueva York o cualquier ley de arbitraje o norma interna para su reconocimiento. Según refiere Broches: «[...] todos los Estados firmantes, independientemente del hecho de que uno de sus ciudadanos sea o no parte directa en el conflicto, tiene la obligación de reconocer el carácter vinculante de un laudo dictado con arreglo al Convenio; de considerar dicho laudo, tras la simple certificación por el Secretario general del Centro, como si fuera un fallo definitivo de un tribunal del propio país, y por lo tanto de cumplirla. En contraste con los Convenios de Panamá y Nueva York

sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, esta obligación es absoluta».¹⁶

Sobre este mismo punto, Claros Alegría señala: «Este marco positivo del Convenio determina el compromiso internacional de los Estados Contratantes de reconocer automáticamente todo Laudo CIADI, sin necesidad de control ni procedimiento alguno de reconocimiento (y que típicamente, para el reconocimiento de sentencias o laudos extranjeros, se lleva a cabo en el procedimiento de exequátur)».¹⁷

Es decir, «El laudo [CIADI] no es un laudo extranjero, sino que tiene toda la fuerza de un fallo definitivo de un tribunal del país».¹⁸

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos sostener que pese a que las partes hubieran pactado la aplicación de las Convenciones de Nueva York y Panamá para el reconocimiento de un laudo CIADI, dichas disposiciones no serán aplicables. Será de aplicación la Convención CIADI, debido a que:

- (a) El CIADI es un Tratado Internacional que establece su reconocimiento obligatorio en todos los países adscritos a él. Y los particulares no pueden pactar en contra de un Tratado Internacional.
- (b) La propia Ley de Arbitraje Peruana establece que para la ejecución de un Laudo CIADI en Perú, rigen las normas y disposiciones con-

¹⁶ BROCHES, Aron. «El Arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)» Citado por: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Arbitraje Comercial y de las Inversiones». Lima: UPC, 2007, pp. 782-783.

¹⁷ CLAROS ALEGRÍA, Pedro. *Op. cit.*, p. 458.

¹⁸ DELAUME, Georges. Decisions of Regional and Foreign Courts. En: *The American Journal of International Law*. 1992, Vol. 86, pp. 139. Citado por, CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 783.

tenidas en la Convención CIADI (y, por tanto, no cualquier otra disposición acordada por las partes): «Para la ejecución del laudo expedido por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) serán de aplicación las normas que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado; al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965». (Décimo Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071). Y un juez peruano está obligado a ejecutar el laudo conforme a las normas procesales vigentes y no conforme a las normas que las partes hubieran podido acordar.

- (c) Finalmente, y aun en el caso que se considerara aplicable la Convención de Nueva York (posición que no compartimos), dicho Tratado reconoce el Principio de Máxima Eficacia. Esto es, que prevalecerá la norma más favorable para la ejecución del Laudo: «Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque» (artículo VII.1). De esta manera, siendo que la Convención CIADI es más favorable que la Convención de Nueva York en materia de ejecución de laudos, la Convención CIADI sería la aplicable por parte del Poder Judicial.

En lo que respecta a la ejecución de un Laudo CIADI, siendo que éste tiene la calidad de una «sentencia firme», todo «[...] Estado Contratante reconocerá el laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y lo hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una

sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado [...]».¹⁹

Sin embargo, conforme al artículo 55 de la Convención CIADI, «Nada de lo dispuesto en el artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero».

Es decir, los Estados firmantes de la Convención CIADI ejecutarán un Laudo CIADI contra un Estado, de conformidad con sus disposiciones domésticas sobre inmunidad en materia de ejecución. Conforme explica Cantuarias, «Esto significa que si bien las Cortes de los Estados contratantes están obligadas a reconocer un laudo arbitral dictado en contra de un Estado, es posible que si en el foro se reconoce algún tipo de inmunidad en la ejecución, el laudo arbitral no pueda ejecutarse sobre todos o algunos de los bienes del Estado en falta».²⁰

A manera de ejemplo, existe la posibilidad de que el Estado adscrito a la Convención CIADI en donde se pretenda la ejecución de un Laudo CIADI, deniegue dicha ejecución parcial o totalmente debido a que los bienes objeto de ejecución son destinados a fines soberanos (tales como los asignados a funciones diplomáticas).

Ciertamente, esto constituye una restricción importante a la fuerza coercitiva de los Laudos CIADI; teniendo en cuenta, además, que no existe un criterio uniforme entre los Estados que permita determinar cuándo un bien se utiliza con fines soberanos.

¹⁹ «Commentary on the ICSID Convention: Article 54». En *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, 1999, vol. 14, n.º 1. 1999, pp. 76. Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 781.

²⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, pp. 784.

Sin embargo, la propia Convención CIADI ha buscado una solución a este problema ya que, como bien señala Cantuarias, «[...] si bien la inmunidad en materia de ejecución puede ser considerada como un tema que la Convención del CIADI no resuelve de manera satisfactoria, el incumplimiento por parte de un Estado contratante de un laudo arbitral dictado en su contra, será considerado una violación del Convenio CIADI».²¹

Dicho incumplimiento, expone al Estado a dos sanciones:

- (a) El Estado del cual el inversionista es su nacional, podrá válidamente conceder protección diplomática o promover reclamación internacional a favor de su nacional. (Artículo 27.1 de la Convención CIADI).
- (b) El Estado contratante del cual el inversionista es su nacional, podrá iniciar un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia (Artículo 64 de la Convención CIADI).

Sin embargo, como bien señalada DELAUME, la mayor sanción para un Estado de incumple un Laudo CIADI, es la afectación de su credibilidad internacional y, con ello, su capacidad de atraer nuevas inversiones o solicitar préstamos al Banco Mundial: «La negativa del Estado a cumplir con un Laudo CIADI reducirá su credibilidad dentro de la comunidad internacional. Este no es un riesgo que un Estado tomará a la ligera».²²

Es decir, el incentivo para el cumplimiento de los Laudos CIADI es más económico que legal. Y, en general, el cumplimiento por parte de los Estados ha sido positivo.

²¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 788.

²² Traducción libre del siguiente texto en idioma inglés: «Refusal by the State involved to comply with an ICSID award would deprive it of credibility in the International community. This is not a risk that a State would like to assume lightly». (DELAUME, Georges. «ICSID Arbitration Proceedings: Practical Aspects». En *Pace Law Review*, vol. 5, 1985, p. 589. Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 789).

12. NOTAS FINALES

Como se aprecia de los puntos anteriores, el arbitraje CIADI se caracteriza por establecer reglas que protejan el carácter neutral del arbitraje, creando un foro totalmente independiente que no pueda estar sujeto o ser influenciado de ninguna forma por las partes en conflicto.

Es así que podemos afirmar que el CIADI más que un centro arbitral constituye un organismo que garantiza al inversionista la existencia de un foro competente, independiente y neutral en el que podrá entablar sus pretensiones y obtener una tutela efectiva.

¿RESULTAN PROCEDENTES LAS ACCIONES
DE AMPARO CONTRA LAUDOS ARBITRALES?

Jorge Vega Soyer
Augusto Pereyra Zaplana

¿RESULTAN PROCEDENTES LAS ACCIONES DE AMPARO CONTRA LAUDOS ARBITRALES?

*Jorge Vega Soyer**
*Augusto Pereyra Zaplana***

Sumario: 1. Introducción.— 2. Antecedentes.— 3. Derechos fundamentales susceptibles de ser invocados vía la acción de amparo.— 4. Improcedencia de acciones de amparo contra laudos arbitrales.— 5. Independientemente de lo dispuesto en la vigente Ley de Arbitraje. ¿El recurso de anulación del laudo arbitral es una vía idónea o una vía previa?— 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2006, el Tribunal Constitucional expidió dos (2) sentencias, que constituyen aun precedentes con carácter vinculante, en virtud de las cuales estableció los requisitos que debían cumplirse a efectos de

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1996). Estudios de Post-Grado, Maestría con Mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (2006). Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actuación como árbitro, tanto en procesos privados como en casos administrados.

** Augusto Emilio Pereyra Zaplana. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (año 2007). Asociado del Estudio Vega & Asociados S. Civil de R.L. Adjunto de docencia de los cursos de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Garantías en la Universidad de Lima. Experiencia profesional en las áreas de Derecho Civil, Protección al Consumidor y Arbitraje. Actualmente se desempeña como abogado defensor y, asimismo, como Secretario Arbitral en diversos procesos arbitrales.

que pudiera interponerse una acción de amparo contra un laudo arbitral. En efecto, mediante las sentencias recaídas en los expedientes n.º 6167-PHC/TC (Caso Cantuarias Salaverry) y n.º 1567-2006-PA/TC (Caso Algamarca), de fechas 28 de febrero y 30 de abril de 2006, respectivamente, el Tribunal Constitucional estableció el procedimiento a seguir a efectos de discutir, vía la acción de amparo, el respeto o no que un laudo arbitral habría tenido contra el derecho fundamental susceptible de ser invocado como vulnerado o amenazado, el cual no podría ser otro que la tutela procesal efectiva dentro del arbitraje o el debido proceso arbitral.

En ambas oportunidades, el Tribunal Constitucional estableció que, a efectos de que una acción de amparo contra un laudo arbitral resulte procedente, el presunto agraviado tendría que haber agotado los recursos que la derogada Ley General de Arbitraje —Ley n.º 26572— (en adelante, la derogada LGA) preveía para impugnar dicho laudo. Caso contrario, la acción de amparo contra el laudo arbitral resultaría improcedente, toda vez que no se habrían agotado las vías previas.

No obstante lo acotado, posteriormente, con fecha 28 de junio de 2008, se expidió el Decreto Legislativo n.º 1071 —Ley de Arbitraje— (en adelante, la LA), el cual entró en vigencia el 1 de septiembre de 2008 y cuya Duodécima Disposición Complementaria genera una nueva interpretación respecto a la procedencia o no de las acciones de amparo en contra de los laudos arbitrales, tal cual procederemos a explicar en el presente trabajo.

2. ANTECEDENTES

La derogada LGA disponía en su artículo 59¹ que contra los laudos

¹ Artículo 59 de la derogada LGA.- «Los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos no procede recurso alguno, salvo los previstos en los artículos 60 y 61. El laudo tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo Sexto de esta Sección».

arbitrales no procedía recurso alguno, salvo los previstos en los artículos 60² y 61.³

El artículo 60 de la derogada LGA regulaba el recurso de apelación contra el laudo arbitral, el mismo que podía interponerse ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiera pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si estuviera previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia.

A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se interpretaba que las partes habían pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. En estos casos, el recurso de apelación sí podía revisar el fondo de la controversia resuelta en el laudo. No cabía el recurso de apelación en el caso de laudos de conciencia.

Por su parte, el artículo 61 de la derogada LGA señalaba que contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procedía sólo la interposición

² Artículo 60 de la derogada LGA.- «Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiera pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si estuviera previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación».

³ Artículo 61 de la derogada LGA.- «Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia».

del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente señaladas en el artículo 73 de la derogada ley. El recurso de anulación del laudo arbitral tenía por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, el mismo que resolvía declarando su validez o su nulidad. Asimismo, se establecía bajo responsabilidad la prohibición de la revisión del fondo de la controversia.

Cabe precisar que, sin perjuicio de lo dispuesto en la derogada LGA, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional (en adelante, el CPC), establece que «el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso [...]».

En ese sentido, el gran problema que se suscitó en los casos que ya existían laudos arbitrales firmes, era que la parte que no se encontraba conforme con la decisión emitida, procedía a interponer su recurso de amparo contra el laudo arbitral, inobservando lo dispuesto por el artículo 59 de la derogada LGA, esto es, que contra los laudos arbitrales procedía sólo la interposición de los recursos de apelación y de anulación ante el Poder Judicial, según corresponda. Lo peor en dicho escenario era que los Juzgados Civiles de turno, con subespecialización en materia constitucional, admitían a trámite dichos recursos de amparo.

Así las cosas, a efectos de evitar dicha situación, esto es, que alternativamente se interpongan recursos de apelación o de anulación como recursos de amparo contra los laudos arbitrales, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia de 28 de febrero de 2006, recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry), la que constituye un precedente con carácter vinculante, y en virtud del cual se dispuso que:

Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin interven-

ción de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que, tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado Código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo. (Considerando 14 de la sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC).

El numeral 4 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, establece que no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas, salvo los casos previstos por dicho Código y en el proceso de hábeas corpus. En ese sentido, la interpretación que hizo el Tribunal Constitucional era que los recursos de apelación y de anulación, según corresponda, constituían las vías previas para poder recurrir vía acción de amparo al control de la constitucionalidad de los laudos arbitrales.

Por su parte, en la sentencia de 30 de abril de 2006, recaída en el expediente n.º 1567-2006-PA/TC (caso Algamarca), el Tribunal Constitucional precisó la procedencia de la acción de amparo contra los laudos arbitrales, recurriendo a lo dispuesto en el artículo 59 de la derogada LGA. En ese sentido, se estableció que contra el laudo arbitral los recursos de apelación y de anulación, constituyen las vías previas y procederían de la siguiente manera:

- a. El recurso de anulación de laudo arbitral sólo procedería contra laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra laudos arbitrales de segunda instancia. Una vez resuelto el recurso de anulación de laudo arbitral, resultaría posible recurrir al juez constitucional vía acción de amparo.

- b. El recurso de apelación procedería ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, este último cuando haya sido pactado en el convenio arbitral o esté previsto en el reglamento arbitral de la institución a la que las partes sometieron su controversia. A efectos de determinar el momento en el cual resultaba pertinente interponer una acción de amparo en este supuesto, el Tribunal Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

Si el recurso de apelación fue interpuesto ante el Poder Judicial, ya no cabe la interposición del recurso de anulación, puesto que no son compatibles; en consecuencia, el presunto agraviado estará habilitado para recurrir al juez constitucional. De otro lado, si el recurso de apelación fue interpuesto ante una segunda instancia arbitral, deberá interponerse el recurso de anulación de laudo arbitral, previsto en el artículo de la Ley General de Arbitraje, ante el Poder Judicial [...]. (Foja 17 de la sentencia recaída en el expediente n.º 1567-2006-Pa/TC).

En ese sentido, en el caso de laudos arbitrales de segunda instancia emitidos por el Poder Judicial, era preciso tener en cuenta la incompatibilidad prescrita en el artículo 70⁴ de la derogada LGA, supuesto en el cual una vez resuelta la apelación quedaba expedita la vía de la acción de amparo.

Teniendo en cuenta lo acotado, en su oportunidad se interpretó que:

El Tribunal Constitucional está considerando solamente admisible el amparo contra decisiones arbitrales en el marco de una doble residualidad:

- (i) cuando se hayan agotado las vías previas impugnatorias previstas en la LGA (lo que supone un laudo emitido y un recurso de anulación o de apelación incoado ante la instancia judicial competente);
- (ii) cuando en sede judicial se haya obtenido una resolución judicial fir-

⁴ Artículo 70 de la derogada LGA.- «Los recursos de apelación y de anulación ante el Poder Judicial son incompatibles entre sí y no pueden ser acumulados ni formulados alternativamente, subsidiaria o sucesivamente. Invocando uno de ellos, es improcedente el otro».

me, que no es otra cosa que la que absolvía la apelación ante la Corte Suprema de la resolución que emitía la Sala Comercial Especializada al conocer del recurso de anulación; o, en su caso, de apelación; salvo que

- (iii) quepa interpretar que un recurso de casación, presentado contra esta última, le quita la calidad de firmeza a la resolución judicial emitida para habilitar la jurisdicción de la libertad, mediante el proceso de amparo que verse sobre el contenido esencial de derechos fundamentales que pueden haber sido lesionados por acto de los árbitros.⁵

Posteriormente, con fecha 1 de septiembre de 2008 entró en vigencia la LA, cuya Duodécima Disposición Complementaria genera una nueva interpretación respecto a la procedencia o no de las acciones de amparo en contra de los laudos arbitrales.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES SUSCEPTIBLES DE SER INVOCADOS VÍA LA ACCIÓN DE AMPARO

En cuanto a los derechos fundamentales a ser invocados vía acción de amparo contra laudos arbitrales, tanto en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry) como en el expediente n.º 1567-2006-PA/TC (caso Algamarca), el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

Será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva [...] y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. (Foja 28 de la sentencia recaída en el expediente n.º 1567-2006-PA/TC, caso Algamarca).

⁵ 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*, 2007, n.º 4, pp. 23 y 24.

En ese sentido, «será posible interponer un proceso constitucional de amparo cuando el proceso arbitral se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso que sean aplicables en la jurisdicción arbitral». ⁶ Resulta necesario tener en cuenta la definición de tutela procesal efectiva contenida en el artículo 4 del CPC, el cual precisa en su tercer párrafo que:

[...]

Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción pre-determinada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

En consecuencia, sólo resultaba posible interponer una acción de amparo contra el laudo arbitral cuando el proceso arbitral se haya realizado incumpliendo los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso que sean aplicables en la jurisdicción arbitral. Esto quiere decir que existen ciertos principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso que no resultan aplicables en la jurisdicción arbitral.

Como bien señala Landa Arroyo, «siendo el debido proceso un derecho fundamental de contenido amplio será posible que algunas de sus manifestaciones no sean susceptibles de ser invocadas en sede arbitral, dadas las particulares características que reviste esta jurisdicción de excepción». ⁷ Así, se concibe al debido proceso como un derecho cuya estructura está compuesta por tres elementos diferenciados: ⁸

⁶ LANDA ARROYO, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Thémis*, 2001, n.º 53, p. 39.

⁷ LANDA ARROYO, César. *Op. cit.*, p. 40.

⁸ MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: Ciencias Jurídicas/McGraw Hill, 1996, p. 41.

Un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionales garantizados y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales. (El subrayado es nuestro).

En consecuencia, «el contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral lo constituyen aquellos derechos sin los cuales constitucionalmente no existiría un proceso arbitral; el contenido no esencial estará conformado por instituciones que no le son propias, como el derecho a la pluralidad de instancias y otras aquellas que por su propia naturaleza no sean exigibles. Por último, el contenido adicional está referido a aquellos derechos de configuración legal que son exclusivos del proceso arbitral y no forman parte de los anteriores».⁹

Siguiendo la línea de pensamiento de Landa Arroyo,¹⁰ algunas manifestaciones del contenido esencial del derecho al debido proceso arbitral son, tan sólo de manera enunciativa, (i) el derecho de acceso a la jurisdicción arbitral; (ii) el derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o Tribunal Arbitral imparcial; (iii) el derecho a la igualdad sustancial en el proceso; (iv) derecho de defensa; (v) derecho a probar; (vi) derecho a la adecuada motivación de las resoluciones arbitrales; y, (vii) el derecho a la ejecución de laudos arbitrales.

No obstante lo acotado y teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 56¹¹ de la LA, que dispone que todo laudo debe-

⁹ LANDA ARROYO, César. *Ibidem*.

¹⁰ LANDA ARROYO, César. *Op. cit.*, pp. 40-42.

¹¹ Numeral 1) del Artículo 56 de la LA.- «Todo laudo debe ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes en el artículo 50. Constarán en el

rá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50 (esto es, mediante una transacción expresada en forma de laudo), resulta posible afirmar que, al igual que el derecho a la pluralidad de instancias, el derecho a la adecuada motivación de los laudos arbitrales resulta ser un contenido no esencial de los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso aplicables en la jurisdicción arbitral; y, por ende, su inobservancia no implica una trasgresión a estos últimos.

En efecto, tal cual lo sostiene, a su vez, Landa Arroyo,¹² «[...] el contenido no esencial (del derecho al debido proceso arbitral) estará conformado por instituciones que no le son propias, como el derecho a la pluralidad de instancias y otras aquéllas que por su naturaleza no le sean exigibles [...]». Por lo tanto, podemos afirmar que tanto el derecho a la adecuada motivación de los laudos arbitrales como el derecho a la pluralidad de instancias, no resultan formar parte del contenido esencial de los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso aplicables en la jurisdicción arbitral.

4. IMPROCEDENCIA DE ACCIONES DE AMPARO CONTRA LAUDOS ARBITRALES

Resulta importante mencionar que, según lo dispuesto en el artículo 59 de la LA, el laudo arbitral es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. En ese sentido, el recurso de apelación ya no constituiría una vía previa para la interposición del recurso de amparo correspondiente contra un laudo arbitral, siendo que, en principio, sólo el recurso de anulación resultaría ser dicha vía previa, en la medida que la interpretación efectuada por el

laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar».

¹² LANDA ARROYO, César. *Op. cit.*, p. 40.

Tribunal Constitucional resulte aplicable con posterioridad a la vigencia de la LA. Como bien procederemos a analizar en las siguientes líneas, ello ya no resulta correcto.

En efecto. La Duodécima Disposición Complementaria de la LA genera una nueva interpretación respecto a la procedencia de las acciones de amparo en contra de los laudos arbitrales. La referida norma señala a la letra lo siguiente:

DUODÉCIMA. Acciones de garantía.- Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

En ese sentido, la LA (emitida con posterioridad a los pronunciamientos vinculantes del Tribunal Constitucional) precisa que el recurso de anulación constituye una vía específica e idónea y ya no una vía previa, para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Como se podrá advertir, dicha norma legal conlleva a una nueva interpretación respecto a la procedencia o no de las acciones de amparo contra laudos arbitrales. En efecto, el artículo 5 del CPC señala cuáles son las causales de improcedencia de los procesos constitucionales, en general. Los numerales 2) y 4) precisan lo siguiente:

- Numeral 2.- Existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus.
- Numeral 4.- No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus.

Resulta claro que ambos supuestos Regulan causales de improcedencia distintos, como bien explicamos:

El supuesto del numeral 4), esto es, de las vías previas, que fuera utilizado por el Tribunal Constitucional en sus precedentes vinculantes, conlleva a que agotadas éstas, el proceso constitucional resulte procedente. En otras palabras, ello resultaría similar a alegar como defensa previa que el accionante carece de interés para obrar. Así las cosas, realizados los actos necesarios para acreditar el interés para obrar, vale decir, agotadas las vías previas, el justiciable podría accionar por la vía procedimental negada en un principio.

Sin embargo, el supuesto del numeral 2), esto es, referido a las vías procedimentales específicas e idóneas, normado por la Duodécima Disposición Complementaria de la LA, conlleva a que nunca resultaría posible un proceso constitucional, debido a que dicho derecho puede ser reclamado por medio de otra vía excluyente e igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. En efecto, el «inciso 2) del artículo 5 consagra la naturaleza excepcional de los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales». ¹³ En otras palabras, la acción de amparo contra el laudo resulta improcedente por existir una vía específica e idónea, como lo es el del recurso de anulación, para la protección del derecho constitucional del debido proceso y de la tutela procesal efectiva.

En ese sentido, se considera que «[...] el amparo adquiere un carácter excepcional o residual, atendiendo a su naturaleza de proceso constitucional y no ordinario destinado a la protección de un derecho constitucional, cuando se afecta el contenido constitucionalmente protegido del mismo y no aspectos secundarios o de índole legal, asuntos que deben ventilarse por las vías judiciales comunes. Así, el amparo será procedente para la tutela de urgencia de un derecho constitucional a falta de otras vías judiciales específicas, igualmente protectivas y satisfactorias». ¹⁴

¹³ MESÍA, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2004, p. 118.

¹⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel. *Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico. Estudio Introductorio*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 69.

Así también, se dice que «[...] la excepcionalidad de los procesos constitucionales se presenta invariablemente por razones de tiempo, es la demora en el trámite lo que convierte a las otras vías en poco idóneas y eficaces, habilitando de este modo la procedencia de los procesos constitucionales ante la inminencia de la irreparabilidad. Esta exigencia de acudir a la vía procedimental específica, no constituye vía previa, dado que la doctrina y la jurisprudencia han entendido unánimemente por vía previa sólo al agotamiento de la vía administrativa [...]».¹⁵

Con respecto a la relación entre los numerales 2) y 4) del artículo 5 del CPC, se ha dicho que «[...] Si se mantuvo el inciso 4, la más importante interpretación que fortalecería el inciso 2, al momento de su interpretación y aplicación, sería considerar que este último no incluye el supuesto de las vías procedimentales o actuaciones procesales en sede administrativa. Entonces, si se quiere llegar a la residualidad absoluta de los procesos constitucionales (menos el hábeas corpus), al estilo argentino, ello exigirá una lectura conjunta tanto del inciso 2 y 4 [...]».¹⁶

En consecuencia, somos de la opinión que, con la vigente LA y según lo dispuesto en su Duodécima Disposición Complementaria, en ningún supuesto resultaría procedente una acción de amparo en contra de un laudo arbitral, aun así ésta se promueva con posterioridad a la expedición de la sentencia que resuelva de manera definitiva el recurso de anulación ante el Poder Judicial.

En efecto, la mencionada Duodécima Disposición Complementaria blindará a los laudos arbitrales en contra de las acciones de amparo al

¹⁵ TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. *Comentarios al Código Procesal Constitucional. Homenaje a Domingo García Belaúnde*. Lima: Editorial ADRUS, 2009, p. 123.

¹⁶ CAMPOS TORRES, Joseph. «La residualidad del Proceso Constitucional en el Nuevo Código Procesal Constitucional Peruano: Una reflexión a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos». *Revista Colombiana de Derecho Internacional*. Bogotá, 2004, pp. 403-440.

otorgar al recurso de anulación la característica de ser la vía específica e idónea para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, esto es, para la protección del derecho constitucional del debido proceso y de la tutela procesal efectiva.

En ese orden de ideas, la causal de improcedencia de las acciones de amparo contra laudos arbitrales, que resulta de la lectura conjunta de la Duodécima Disposición Complementaria de la LA y del numeral 2) del artículo 5 del CPC, convierte a dicho argumento en una defensa de forma y con efecto perentorio complejo,¹⁷ en los casos en que se promuevan acciones de amparo contra laudos arbitrales, inclusive después de que el Poder Judicial se haya pronunciado respecto al recurso de anulación.

5. INDEPENDIEMENTE DE LO DISPUESTO EN LA VIGENTE LA. ¿EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL ES UNA VÍA IDÓNEA O UNA VÍA PREVIA?

La pregunta que nos hacemos resulta válida, esto es, si el recurso de anulación del laudo arbitral es una vía previa o una vía idónea para la protección del derecho constitucional de tutela procesal efectiva arbitral. Pues, si se trata de una vía previa, lo dispuesto por la vigente LA resultaría incorrecto; sin embargo, si se trata de una vía idónea lo re-

¹⁷ Al igual que las excepciones, que son entendidas como defensas de forma, oponer como causal de improcedencia de una acción de amparo contra un laudo arbitral (que ya fue objeto de revisión mediante el recurso de anulación respectivo) el numeral 2) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, puede generar los mismos efectos que una excepción perentoria compleja, esto es, según Monroy Gálvez, ratificará la imposibilidad jurídica de que el demandante pueda intentar exigir la misma pretensión contra el mismo demandado en otro proceso. En nuestro caso, dicha defensa de forma funcionaría ante la interposición de una acción de amparo en contra de un laudo arbitral que ya fue objeto de análisis en un proceso judicial promovido mediante un recurso de anulación. Para un mejor estudio sobre las excepciones y sus efectos, revisar «Las excepciones en el Código Civil Peruano», de Juan Monroy Gálvez, en la Revista *Thémis*, n.ºs 27-28, Segunda Época, pp. 119-130.

suelto por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry) y n.º 1567-2006-PA/TC (caso Algamarca) sería, del mismo modo, incorrecto.

Somos de la opinión que, independientemente de lo resuelto por el Tribunal Constitucional o por lo dispuesto en la Duodécima Disposición Complementaria del CPC, el recurso de anulación del laudo arbitral constituye la vía idónea para la protección del derecho constitucional de tutela procesal efectiva arbitral.

En efecto, si comparamos cada una de las causales de anulación del laudo arbitral, reguladas tanto por la derogada LGA como por la vigente LA, no sólo podemos constatar que resultan ser muy similares, sino que cada una de ellas resulta ser la vulneración a un derecho que forma parte del contenido esencial del derecho constitucional de tutela procesal efectiva arbitral.

Las causales de anulación del laudo arbitral contempladas en la derogada LGA, eran las siguientes:

Artículo 73.- «Causales de anulación de los laudos arbitrales.- El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39.
2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.
3. Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.
4. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas.

5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo.
6. Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.
7. No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1. La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo.

Por su parte, las causales de anulación del laudo arbitral contenidas en la vigente LA son las siguientes:

Artículo 63.- «Causales de anulación:

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y 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, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
 - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
 - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

Como se puede apreciar, las causales de anulación del laudo arbitral, tanto en la vigente LA como en la derogada LGA, resultan ser vulneraciones a derechos que forman parte del contenido esencial del derecho constitucional de tutela procesal efectiva arbitral. Por lo tanto, si existe una vía idónea para proteger dicho derecho constitucional, la acción de amparo contra el laudo arbitral ya no resulta procedente.

Por lo tanto, los precedentes con carácter vinculante emitidos por el Tribunal Constitucional en los expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry) y n.º 1567-2006-PA/TC (caso Algamarca), no sólo resultan errados por desconocer el carácter residual de la acción de amparo y la idoneidad del recurso de anulación para la protección del derecho constitucional de tutela procesal efectiva arbitral; sino también por desconocer pronunciamientos previos del propio Tribunal, en los cuales, de manera uniforme se había establecido que la vía previa sólo constituye la vía administrativa.¹⁸

6. CONCLUSIONES

- a. La vigente LA establece que los laudos arbitrales son inapelables y, conforme a lo dispuesto en el numeral 1) de su artículo 62, contra los mismos, el único recurso que se puede interponer es el de anulación, en virtud del cual se declarará su validez o su nulidad, por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63 de la referida ley.
- b. Asimismo, según lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 62 de la vigente LA, está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse

¹⁸ Sólo como referencia, las sentencias recaídas en los expedientes n.ºs 065-95-AA/TC, 145-96-AA/TC, 703-96-AA/TC y 201-97-AA/TC.

sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión, o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

- c. Las causales de anulación del laudo arbitral, contenidas en el artículo 63 de la vigente LA constituyen supuestos de vulneración al debido proceso y a la tutela procesal efectiva aplicables en sede arbitral.
- d. Según lo dispuesto en la Duodécima Disposición Complementaria de la vigente LA, el recurso de anulación del laudo arbitral es la vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo, conforme a lo prescrito en el numeral 2) del artículo 5 del CPC. Así las cosas, si es que después de promovido el referido recurso contra un laudo, se procede a interponer una acción de amparo contra el mismo, el argumento sostenido podría emplearse como una defensa de forma y con efecto perentorio complejo con la finalidad de que la referida acción de amparo resulta improcedente.
- e. Toda vez que los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional, tanto en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry) como en el expediente n.º 1567-2006-PA/TC (caso Algamarca), son anteriores a la vigencia de la LA, dichos pronunciamientos, que constituyen precedentes vinculantes, deberán variar y adecuarse a lo dispuesto en la referida ley. Sin embargo, ello sólo se producirá cuando los argumentos sostenidos en el presente trabajo sean utilizados como defensa de forma ante la interposición de una acción de amparo contra un laudo arbitral cuya validez haya sido declarada por el Poder Judicial luego de promovido contra él un recurso de anulación.
- f. El contenido no esencial del debido proceso arbitral puede ser establecido legislativamente, razón por la que la vigente LA ha

dispuesto que forman parte de dicho contenido la pluralidad de instancias y la debida motivación del laudo arbitral. Por lo tanto, en este último supuesto, si es que las partes lo han acordado, un laudo arbitral inmotivado no vulnera el debido proceso arbitral.

LA AUSENCIA DE SINERGIA ENTRE EL
PODER JUDICIAL Y EL ARBITRAJE

María Isabel Cheng Castañeda

LA AUSENCIA DE SINERGIA ENTRE
EL PODER JUDICIAL Y EL ARBITRAJE

*María Isabel Cheng Castañeda**

El interés por escribir el presente artículo nació a raíz de una reciente resolución expedida por el Poder Judicial, específicamente por la Primera Sala Civil Superior, Subespecializada en Materia Comercial de Lima, integrada por los vocales Soller Rodríguez, Niño Neyra y La Rosa Guillén, con motivo del recurso de anulación interpuesto por una institución pública contra un laudo arbitral expedido por un tribunal del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en un arbitraje comercial.

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios concluidos de Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial y estudios concluidos de Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha seguido estudios de Diplomado de Arbitraje en Contratación Pública por la Universidad Ricardo Palma y estudios de Arbitraje Comercial en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ejerce la docencia universitaria desde el año 1993, 5 años en la cátedra de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, como asistente de cátedra del curso de Obligaciones (1993) Jefe de prácticas del curso Fuente de las Obligaciones (Contratos desde 1994 a 1999), habiendo alcanzado el primer lugar en el Concurso Público para contratación docente el año 2006 para el curso Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (Negociación, Conciliación y Arbitraje), convocado por dicha casa de Estudios, el mismo que dictó hasta el año 2008. Ejerce la profesión en forma ininterrumpida desde el año 1992 hasta la actualidad en forma independiente en su Estudio Jurídico. Arbitro en ejercicio adscrita al Registro de Árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima y al Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nos llamó poderosamente la atención el fallo expedido por la que, en adelante, llamaremos abreviadamente, «Sala Comercial» porque, de su simple lectura, se puede extraer la conclusión inequívoca de que, contrariamente a lo que podría esperarse de una visión sinérgica, (entenderemos «sinergia», jurídicamente, como acción combinada y maximizada de diversas acciones tendentes a lograr un efecto único con economía de medios), entre el Poder Judicial y el arbitraje, (a efectos de hacer a nuestro país competente económicamente, fortalecido institucionalmente a través de la simplificación administrativa y la modernización del Estado.

De esta manera, convirtiendo a nuestro país en una plaza atractiva a la inversión extranjera y —por qué no— una plaza atractiva para el arbitraje a nivel continental). Observamos una total falta de sincronización entre el aparato judicial y los fallos que expide a través de sus operadores, y la visión de modernidad y seguridad jurídica que intenta darle la novísima ley arbitral al Perú, cuyo fin primordial fue, precisamente, crear las condiciones apropiadas para agilizar la solución de controversias y de esta manera evitar vernos inmersos dentro de un aparato judicial que cada vez se encuentra más agobiado por sus ineficiencias en materia de resolución de conflictos.¹

Sabemos todos que el Estado no puede renunciar a su función tuitiva de cautelar y supervigilar el buen funcionamiento del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos reconocido y validado legalmente por nuestro sistema jurídico, y que este control se ha reducido actualmente, con la vigencia de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo No 1071, (vigente desde el 1 de septiembre de 2008), a la posibilidad de obtener una revisión del laudo por el Poder Judicial a través de la interposición de recurso de anulación contra el laudo arbitral, única y exclusivamente por las causales establecidas taxativamente por la ley a este efecto.

¹ Véase diagnóstico de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia, CERIAJUS, sobre la Administración de Justicia, Perú.

Sin embargo, debemos precisar que este deber estatal, como todo deber, no está exento del cumplimiento del marco normativo que rige un país, ni puede ser ejercido en forma libérrima por los magistrados, sino que por el contrario, se encuentra enmarcado dentro de los parámetros que fija el ordenamiento jurídico y tratándose de un arbitraje, por los parámetros establecidos por las partes del proceso arbitral, pues de suceder lo contrario, correremos el riesgo de encontrarnos con fallos como el que es materia del presente comentario, que por incongruente con el sistema jurídico, no puede sino ser calificado de nulo de pleno derecho.

Analicemos el caso en mención.

Primera decisión incongruente: Aplicación de la nueva Ley de Arbitraje a un recurso de anulación interpuesto contra un laudo arbitral expedido bajo la vigencia de la antigua ley.

La nueva Ley de Arbitraje se expidió el 27 de junio del año 2008, y se modificó por Oficio n.º 428-2008-SCM-PR, publicado el 10 de julio del 2008, entrando en vigencia, luego de una *vacatio legis*, el 1 de septiembre del año 2008. La segunda disposición transitoria de la ley en mención, establece textualmente que, respecto a las actuaciones en trámite: «... salvo pacto en contrario, en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, una parte hubiere recibido la solicitud para someter la controversia a arbitraje, las actuaciones arbitrales, se regirán por lo dispuesto en la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje...». (El subrayado es nuestro).

Si bien es cierto, la ley actual denomina «actuaciones arbitrales» a lo que la antigua ley denominaba, indistintamente, reglas del proceso o procedimiento arbitral. Dicha ley no precisa claramente si dichas actuaciones arbitrales pueden comprender la intervención del Poder Judicial dentro de un arbitraje, únicamente se refieren a las actuaciones que se realizan en un proceso arbitral, o también pueden denominarse actuaciones arbitrales a aquellas actuaciones que realiza el Poder Judicial cuando se ve obligado a relacionarse con el arbitraje.

Me explico.

Conocemos que el arbitraje en varias ocasiones —cada vez menos es cierto— tiene la necesidad de acudir al Poder Judicial a efectos de que éste le preste apoyo en la realización de ciertas actuaciones arbitrales, como puede ser la ejecución de una medida cautelar en sede arbitral, la prestación de declaración de un testigo o la interposición de un recurso de anulación.

Entonces, nos preguntamos, en estas oportunidades, las denominadas actuaciones arbitrales de un arbitraje en trámite dejan de denominarse tales y se convierten en «actuaciones judiciales».

Aunque parezca poco relevante y, evidentemente claro, que si se trata de actuaciones dentro del arbitraje, serán actuaciones arbitrales y si lo son fuera de éste, no lo serán.

Queremos llamar la atención respecto a la importancia de este punto cuando se trata de un recurso de anulación, y siempre bajo la óptica de la resolución judicial que se comenta, toda vez que, teniendo en consideración la segunda disposición transitoria de la nueva Ley de Arbitraje, si el recurso de anulación interpuesto ante el Poder Judicial no se considera como actuación arbitral, éste debería ser tramitado bajo las normas de la ley vigente cuando se interpone el recurso; es decir, la nueva ley, sin importar si la tramitación y resolución del conflicto fue con la ley anterior, y si se considera al recurso de anulación como una actuación arbitral más dentro del proceso.

En vista de lo anterior, en este caso, el recurso de anulación debe ser tramitado y resuelto bajo las normas de la ley vigente al momento de haberse llevado a cabo el arbitraje, salvo —como refiere la ley actual de arbitraje— «pacto en contrario», es decir, según la voluntad de las partes.

Estamos convencidos de que ningún análisis podría llegar a la conclusión de que al proceso arbitral, seguido bajo los parámetros y vi-

gencia de la Ley General de Arbitraje, se le pueda aplicar la nueva ley, como lo hizo —creemos, erróneamente— la Sala Comercial.²

Y ello es así por una razón muy simple, que, tal vez por sencilla, no fue comprendida por los magistrados del Poder Judicial que resolvieron el recurso bajo comentario, y es en virtud a que nuestro sistema normativo en materia arbitral, no ha optado por la vía autónoma cuando se trata de impugnación de laudos arbitrales.

Esto significa, como sabemos, que no se puede plantear una acción judicial para anular un laudo arbitral, como sucede en otras latitudes, sino que nuestro sistema normativo en materia arbitral, ha optado por la vía recursiva en el tema de impugnación de laudos arbitrales, esto es, que contra un laudo arbitral únicamente se puede interponer Recurso de Anulación ante el Poder Judicial y no —como reiteramos— una acción judicial.

Siendo ello así, se entiende claramente que el recurso de anulación del laudo, vendría a ser una etapa más del proceso arbitral, o una actuación más dentro del mismo proceso, (si queremos definirla en términos de la moderna ley), iniciado bajo la égida de la ley arbitral antigua, y no es una isla ni un proceso nuevo que deba tramitarse bajo normas nuevas como lo pretende la Sala Comercial, y en consecuencia, a este Recurso de Anulación se le debió aplicar la ley bajo cuya vigencia se inició, se tramitó y se concluyó, salvo el caso, como lo prescribe la nueva ley, que las partes, (pacto en contrario), hayan decidido que se aplique a dicho proceso arbitral la nueva ley, lo que no ocurrió en el caso bajo comentario.

Esto se observa con mayor claridad aún, si tomamos en consideración que, tratándose de arbitrajes institucionales, como el que nos ocupa (el proceso arbitral se llevó a cabo conforme al Reglamento del Cen-

² Véase sobre el tema, ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «¿Cuál es el plazo para interponer un recurso de anulación de laudo?». *Lawyer*, año II, n.º 2.

tro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima), y siguiendo el criterio incorrecto esbozado por la Sala Comercial, a las actuaciones arbitrales posteriores al laudo, como vendría a ser el recurso de anulación, se le debería aplicar el nuevo Reglamento Arbitral del Centro. Esto resulta total y absolutamente ilógico que sucediera, en vista de que las partes escogieron y aceptaron las reglas vigentes al momento del arbitraje. Por tal motivo, no se podría unilateralmente y sin sustento alguno, aplicar reglas que las partes desconocen, que ni siquiera han aprobado y, lo que es más grave aún, que el propio sistema normativo prohíbe.

Entonces, nos preguntamos, ¿por qué los terceros, magistrados del Poder Judicial, deciden aplicar la nueva ley a un arbitraje, por decirlo de alguna manera, antiguo?

Segunda decisión incongruente: Inaplicación de las reglas del Reglamento de Arbitraje escogido por las partes.

Una segunda decisión inexplicable tomada por la Sala Comercial en el caso bajo comentario, es la referida a la falta de aplicación de las reglas del arbitraje, contenidas en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a efectos de dar trámite al recurso de anulación interpuesto por el ente estatal, decisión inapropiada, sin sustento e injusta, que hubiera impedido que se tramitara un recurso de anulación innecesariamente por más de un año, impidiendo —de esta manera— el cumplimiento de la decisión tomada por la justicia arbitral.

Nos referimos a la simple regla contenida en el artículo 63, segundo párrafo del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima para la admisión del recurso de anulación, consistente en adjuntar el recibo de pago o el comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria o una carta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática, extendida a favor de la parte vencedora, con una vigencia no menor de seis meses y renovable por tres meses, después de que se resuelva, en definitiva, el recurso de

anulación, y por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo, requisito sin el cual el Poder Judicial estaba impedido de dar trámite al recurso de anulación.

¿Qué resolvió la Sala Comercial respecto al cumplimiento de este requisito en el décimo noveno considerando de la resolución que se pronuncia sobre el recurso?

«[...] finalmente, en relación a la alegación de la emplazada, referida a que la entidad actora no ha cumplido con acompañar a su recurso el recibo de pago o el comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria o una carta fianza bancaria solidaria por una cantidad equivalente a la cuantía del valor de la condena contenida en el laudo, basta precisar, que, de acuerdo a la nueva regulación del proceso de recurso de anulación de laudo arbitral introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, la presentación de la documentación antes referida ya no constituye un requisito para la interposición del recurso de anulación de laudo arbitral, la cual, en todo caso, sólo será requerida cuando haya sido pactada por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo o cuando quien cuestiona el laudo arbitral pretenda la suspensión de la obligación de cumplimiento del laudo, conforme al artículo 66 de esa norma [...]».

Dicha argumentación, total y absolutamente contraria a lo que dispone el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje, desconoce absolutamente la normatividad arbitral y expone contundentemente a la opinión pública, no sólo la falta de pericia arbitral de ciertos magistrados, sino, lo que es más grave aún, la incapacidad de extraer conclusiones evidentemente simples de normas jurídicas claras e inequívocas, determinando que nuestra sociedad se vea inmersa, sin solicitarlo, y habiendo tratado de evitarlo a través del arbitraje, en decisiones ajurídicas expedidas en el sistema ordinario con las evidentes consecuencias que dichas decisiones conllevan.

Analicemos.

Sabemos todos que la piedra angular del arbitraje es la libertad de las partes para elegir este mecanismo de resolución de controversias,

para elegir a quienes las van a decidir y las reglas bajo las cuales se resolverá, es decir, que en el arbitraje las partes deciden todo, menos el conflicto.

Bien, tratándose de un arbitraje institucional o administrado por una institución o Centro de Arbitraje, es común que las partes se avengan al Reglamento del Centro de Arbitraje bajo cuya batuta se sigue el mismo; en el caso que nos ocupa, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Si ello es así, es porque las partes han aceptado voluntariamente las reglas del Centro como válidas para la tramitación de su proceso, y así consta en los documentos correspondientes. Una de ellas es, como reiteramos, la referida a los requisitos para la procedencia del recurso de anulación contemplada en el citado artículo 63 del Reglamento vigente al momento de llevarse a cabo el arbitraje, el mismo que señalaba la obligatoriedad de adjuntar el recibo conteniendo la garantía correspondiente, a efectos de interponer un recurso de anulación contra el laudo arbitral, requisito de admisibilidad del recurso.

Esto último significa que —de no haberse adjuntado la garantía correspondiente al momento de interponerse el recurso ante la Sala Comercial— debió declararse de plano inadmisibile el mismo, y exigir su cumplimiento bajo sanción de archivamiento, conforme a la normatividad procesal vigente.

Sin embargo la Sala Comercial, no sólo no verificó el cumplimiento del requisito de admisibilidad del recurso de anulación que establecía el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, sino que afirmó que se había cumplido con todos los requerimientos de orden legal y ordenó la admisión del Recurso de Anulación.

Es decir, que dejó de lado las reglas escogidas por las partes para tramitar su arbitraje, una de las cuales establecía la obligatoriedad de otorgamiento de garantía en caso de recurrir al Poder Judicial, y esta-

bleció como reglas válidas, las contempladas en el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje, cometiendo otro error grave al hacerlo, no haber leído la nueva ley de arbitraje.

Esto se advierte claramente de la resolución bajo comentario, toda vez que de haberse leído la Ley de Arbitraje, se hubiera advertido que el artículo 64, inciso 2, último párrafo de la misma, señala textualmente que «... asimismo, el recurso debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo...», resultando obvio que los magistrados debieron acudir al reglamento de arbitraje, a efectos de verificar el cumplimiento de dichos requisitos, y hubieran llegado a la conclusión inevitable de que uno de ellos era el cumplimiento de la garantía para la interposición del recurso de anulación que las partes habían aceptado y que la impugnante no había cumplido y nunca cumplió.

Debemos señalar, sin embargo, que consideramos que el único supuesto en el cual la Sala Comercial hubiera podido sustentar su posición, es aquél en el cual el colegiado hubiere llegado al convencimiento de que el Reglamento de Arbitraje aplicable al recurso de anulación interpuesto, debía ser el actual Reglamento del Centro de Arbitraje, es decir, el Reglamento vigente, luego de expedida la ley, pues en este cuerpo normativo, ya no se establece como requisito para la interposición del recurso de anulación, el pago de garantía alguna (pues, la sola interposición del recurso, por mandato legal, ya no suspende la ejecución del laudo), sino que sólo establece la presentación de una carta fianza bancaria si se solicita la suspensión de la ejecución, conjuntamente o con posterioridad a la interposición del recurso de anulación, conforme se observa del artículo 61, inciso 2 del Reglamento vigente.

Empero dicha posición, igualmente carecería de sustento jurídico, desde que, como reiteramos, un tercero no puede modificar las reglas escogidas por las partes para la tramitación de su arbitraje, y éstas fueron las vigentes al momento de su inicio, como se ha mencionado.

Ahora bien, ante las evidencias y el resultado obtenido, (el recurso de anulación de laudo se declaró fundado en parte), con la consiguiente producción de daños y perjuicios para la parte afectada (más de un año de dilación en el recurso de anulación, incumplimiento de las pretensiones reconocidas en el arbitraje, falta de pago de la garantía por las pretensiones no anuladas, descrédito del Poder Judicial), se podría afirmar que el sistema de administración de justicia se encuentra en sintonía con las políticas estatales de atracción de inversión extranjera, seguridad jurídica, posicionar a nuestro país como una plaza para los arbitrajes, paz social. Creemos que la respuesta es negativa.

Tercera decisión incongruente: Anulación parcial del laudo arbitral por la causal de falta de motivación de la decisión arbitral.

Si bien es cierto, esta tercera incongruencia resulta ser la menos cuestionable desde el punto de vista jurídico, toda vez que la misma no se sustenta en una base legal preestablecida, sino en decisiones jurisdiccionales anteriores, expedidas por el Tribunal Constitucional o la propia Corte Suprema de Justicia de la República que la Sala Comercial toma como sustento de su decisión.

Lo primero que es necesario precisar, es que la «falta de motivación» como tal, no se encuentra contemplada por nuestro ordenamiento arbitral como causal de anulación de laudos arbitrales, sino que ha sido subsumida por ciertas partes o justiciables dentro de la causal contemplada en el inciso 2) del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, hoy acápite b, inciso 1) del artículo 63 de la nueva ley, definiéndose en la antigua ley como afectación del derecho de defensa y en la nueva ley no teniendo una definición exacta, salvo la de indefensión, por analogía.

Teniendo en consideración, esta premisa, no podemos sino afirmar que cualquier decisión tomada sobre la base de la falta de motivación de las decisiones arbitrales, no puede ser sino tildada de subjetiva, al no encontrar parámetros lógicos de comparación, lo que significa — en buena cuenta— que lo que a criterio de un tercero en la facultad de

decidir puede estar suficientemente motivado, a criterio de otro no lo puede estar, como ocurre en el caso de marras.

Así es, la Sala Comercial señala en la resolución que anula parcialmente el laudo arbitral, que la decisión arbitral de declarar fundada parcialmente la pretensión de indemnización por daños y perjuicios por una cantidad determinada no se encuentra bien sustentada en cuanto al monto asignado, aunque éste sea mucho menor al solicitado.

No cuestiona el fondo de la controversia, se cuida muy bien de ello, es decir, no cuestiona que se haya asignado una indemnización, lo que cuestiona es el criterio que ha tenido el tribunal para asignar el monto, quiere que se explique claramente cuál ha sido el criterio técnico, matemático y cuantitativo que el tribunal ha utilizado para llegar al monto asignado.

Puede decirse válidamente que esta decisión es jurídicamente congruente, ¿cuál ha sido la indefensión que se ha ocasionado al impugnante?, ¿cuál ha sido la afectación del derecho de defensa?, ¿cuál la falta de motivación?

Si revisamos el cuerpo normativo, encontraremos que las indemnizaciones que se asignan por daños y perjuicios, específicamente por daño moral (artículo 1332 del Código Civil), se deben realizar en base al criterio del juzgador, no tienen un parámetro determinado, se asignan por el juez, en este caso, árbitro con valoración equitativa, la Sala Comercial cuestiona esa valoración equitativa del tribunal arbitral para declarar fundado en parte el recurso de anulación, utilizando el argumento de la falta de motivación del laudo respecto a la cuantía asignada, entonces no podríamos nosotros concluir válidamente que el Poder Judicial pretende sustituir al tribunal arbitral en la decisión respecto a la indemnización porque el monto asignado no es de su agrado?, irrespetando la decisión de las partes respecto a la exclusión del Poder Judicial respecto a su conflicto. ¿No representa esta decisión, una intromisión del Poder Judicial en el arbitraje?

Debemos pensar sobre ello a efectos de prevenir decisiones desacertadas en el futuro.

Concluimos, entonces, señalando que en nuestro concepto el Poder Judicial y el arbitraje en la actualidad no guardan la sinergia que se requiere, a efectos de contribuir a la atracción de inversión extranjera, a otorgarle a nuestro país las posibilidades de desarrollo de un mercado arbitral estable y previsible, si de alguna manera debe recurrir al Poder Judicial nacional en vías de revisión de laudos arbitrales.

Finalmente, nos queda como tarea hacer de nuestro país una plaza atractiva para ser sede de arbitrajes, no por la carencia de normatividad adecuada a estándares internacionales, árbitros sumamente competentes y versados, centros de arbitraje muy bien estructurados y organizados, sino por la falta de conocimiento y preparación de nuestros magistrados en temas arbitrales, en sus principios esenciales y justicia alterna, como lo es la arbitral.

«*THE POWER OF THIS COURT COMPELS YOU*»

¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESTÁ EXORCIZANDO AL ARBITRAJE
O A SUS PROPIOS DEMONIOS?

BREVES COMENTARIOS A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL
EXPEDIENTE N.º 5311-09/TC-AA

José Antonio Trelles Castillo

«THE POWER OF THIS COURT COMPELS YOU»¹
¿EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
ESTÁ EXORCIZANDO AL ARBITRAJE O
A SUS PROPIOS DEMONIOS?
BREVES COMENTARIOS A LA SENTENCIA
RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N.º 5311-09/TC-AA²

*José Antonio Trelles Castillo**

Aun quien enarbola una bandera de *autonomía*³ en la jurisdicción arbitral,⁴ no duda en reconocer que ésta no supone autarquía, sino un fuero integrante del sistema de justicia estatal, del cual se vale —en virtud de sus relaciones subsidiarias y complementarias— para su eficaz funcionamiento y el efectivo cumplimiento de lo decidido en el laudo arbitral.

Por su parte, la ejecutabilidad del laudo arbitral tampoco significa el automatismo procesal del juez, sino la valuación previa de que la decisión adoptada y aceptada por las partes, se encuentra dentro de los alcances de la norma arbitral.

¹ El título de este artículo es una libre adaptación de la frase proferida por el Padre Damien Karrás en la película *The Exorcist* (1973): «The power of Christ compels you».

² <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.html>

* Abogado.

³ Conjunción de *auto* (propio) y *nomos* (norma).

⁴ Nuestra posición ha sido siempre la de entender al arbitraje como un *fuero* integrante de la jurisdicción estatal, al igual que el militar, judicial y electoral. Siendo la jurisdicción una atribución constitucional única y excluyente del Estado.

Hasta aquí lo dicho no arremete contra doctrina o institución jurídica alguna, pues quien consagra la autonomía de las partes en la solución de controversias, no puede menos que reconocer que ésta es una materialización de sus derechos constitucionales dentro de un Estado Democrático Constitucional como el nuestro.

En ese orden de ideas, para que el laudo arbitral sea reconocido como válido y eficaz dentro de un sistema de justicia constitucional, debe cumplir no sólo con las condiciones y alcances de la normativa arbitral (procesal y sustantiva), sino con la salvaguarda de los derechos constitucionales de las partes; decir lo contrario, sería reconocer ámbitos de justicia en los cuales no tienen relevancia los derechos constitucionales de las partes, ni injerencia el ordenamiento jurídico constitucional.

Por tanto, no debe sorprender que en la práctica arbitral pudieran presentarse supuestos en los cuales la afectación de los derechos constitucionales de una o ambas partes, traiga como consecuencia la anulación de determinados actos procesales y la del laudo arbitral como correlato.

En la sentencia bajo análisis, el Tribunal Constitucional ha emitido una decisión que merece especial comentario, respecto a determinados temas que consideramos relevantes, siendo importante mencionar tres de ellos. El primero, derivado de la supuesta afectación al debido proceso por el incumplimiento del requisito preprocesal relativo a la negociación directa entre las partes, al cual se refiere de la siguiente manera:

Debe quedar plenamente establecido que no por tratarse de una etapa de carácter preprocesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquéllas son ley para las partes y si, por consiguiente, y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, aquéllas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia, por tanto, es análoga a la vulneración que opera cuando se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso.

Según el Tribunal Constitucional, el pacto de una negociación de buena fe entre las partes previa al arbitraje, supone un requisito (trámite) preprocesal que no puede ser obviado por el Tribunal Arbitral, debido a que no se trata de un pacto meramente indicativo, sino de un acuerdo contractual, el cual es ley entre aquéllas.

Al respecto, cabe preguntarse si el dinamismo del convenio arbitral como mecanismo de solución de controversias se condice con el cumplimiento de los acuerdos preprocesales consagrados bajo el principio del *pacta sunt servanda* o, si debe entenderse en concordancia con el principio de buena fe contractual, principio arbitral de no objetar y la teoría de los actos propios.

Decimos esto al entender que el requisito de negociación directa requiere para su cumplimiento cabal del acuerdo de las partes, posterior al surgimiento de la controversia; por tanto, exigir a las partes el necesario cumplimiento de una negociación directa, existiendo la negativa previa de una de ellas o su tácita omisión, supondría únicamente la obstrucción o el retraso en la solución de controversias.

Nuestra posición es la de prevalecer el dinamismo de la cláusula de solución de controversias (que puede incluir un convenio arbitral), puesto que ante el surgimiento de una controversia, las partes contractuales tendrán el derecho de decidir si las condiciones preestablecidas encuentran armonía con las circunstancias eventuales o, en todo caso, si corresponde realizar alguna modificación.

En tal sentido, si las partes de común acuerdo designan a los árbitros y se apersonan al proceso arbitral no resulta sustentable que con posterioridad a dichos actos se pretenda exigir un requisito que fuera tácitamente dejado sin efecto, desvirtuando así el subsiguiente acuerdo de las partes.

Distinto sería el caso en el cual una de las partes dejara constancia de la omisión del requisito preprocesal desde el inicio del procedimiento de composición del Tribunal Arbitral, en dicho supuesto corresponde-

ría declarar la anulación del laudo arbitral por incumplirse con las condiciones del convenio arbitral, en armonía con lo dispuesto en el literal c) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071.⁵

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional se refiere a la técnica probatoria utilizada por el Tribunal Arbitral relativa a la toma de decisiones, desconociendo con ello la competencia de éste para decidir la actuación de las pruebas que considere pertinentes y relevantes, según lo establecido en el artículo 43 de la norma arbitral,⁶ en este punto el Tribunal manifiesta:

Lo razonable o compatible con el sentido común era exigir una pericia dirimente, opción que sin embargo y en ningún momento fue tomada en cuenta por el Tribunal Arbitral, denotándose por el contrario y con el citado comportamiento un notorio proceder parcializado.

La intervención del Tribunal Constitucional llega al extremo de advertir una presunta parcialidad en la decisión adoptada, que supondría más una causal de recusación de árbitro(s) que una motivación para la anulación del Laudo Arbitral, desvirtuando además la posibilidad que la omisión de una prueba adicional se debiera a la convicción obtenida por el Tribunal Arbitral respecto a la materia controvertida.

Resulta no sólo riesgoso que el Tribunal Constitucional ingrese al terreno de la valoración de las pruebas por parte del Tribunal Arbitral, sino que ello desnaturaliza las autonomías de la voluntad y del fuero arbitral otorgadas en la Constitución Política del Estado.

⁵ «Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo».

⁶ «El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios».

Queda pendiente de análisis si el Tribunal Constitucional revisaría la valoración de las pruebas en el pronunciamiento de un Tribunal Arbitral de conciencia o únicamente lo permite en un arbitraje de Derecho, en todo caso deberá sustentar las razones del trato igualitario o distinto.

El tercer aspecto se refiere a la temeraria intervención del Tribunal Constitucional en el fuero arbitral respecto a los supuestos errores *in iudicando* inmersos en el laudo arbitral, pese a la uniforme doctrina comparada que imposibilita la revisión del fondo de la controversia por tratarse de cosa juzgada y que también fuera materia de pronunciamiento del Tribunal Constitucional en decisiones anteriores,⁷ en este caso expresa:

La jurisdicción arbitral ha sido instituida precisamente para servir como mecanismo de resolución de incidencias como las descritas, pero si por el contrario y como ocurre en el caso de autos, dicha jurisdicción renuncia al análisis de algo tan elemental, so pretexto a consideraciones como las mencionadas, resulta plenamente legítima como necesaria, la revisión de su contenido por conducto de la jurisdicción constitucional. En tales circunstancias, no se trata, pues, y vale la pena precisar, de una desvirtuación de

⁷ «Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la *kompetenz-kompetenz*, previsto en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje —Ley n.º 26572—, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44 del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluidas las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio».

[...]

«Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo, previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional». Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC.

las facultades reconocidas sobre la jurisdicción arbitral sino de una necesaria concurrencia tutelar como la dispensada por conducto del amparo arbitral.

Si bien el tribunal arbitral pudo analizar de mejor manera la aplicación de la penalidad, en concordancia con las normas del Código Civil, lo cierto es que el Tribunal Constitucional, por el afán de mirar la paja en el ojo ajeno ha obviado sus propias funciones y principios constitucionales al omitir una debida ponderación de derechos constitucionales en conflicto, como son los de la autonomía de la voluntad, libertad contractual y fuero jurisdiccional y, al haber desnaturalizado la propia acción constitucional al revisar, calificar y valorar las pruebas inmersas en el proceso arbitral, así como las interpretaciones legales realizadas por el Tribunal Arbitral.⁸

Cierto es que las instituciones jurídicas son dinámicas y así debe entenderse al arbitraje, como un mecanismo de solución de controversias en constante dinamismo; sin embargo, sus elementos esenciales no pueden verse desnaturalizados por una supuesta intervención garantista, que no hace más que contraponerse a su real función.

Es por ello que concluimos que en el afán de desendemoniar al arbitraje, el Tribunal Constitucional terminó por develar a sus propios demonios.

⁸ Tener presente los criterios establecidos en el expediente n.° 4195-2006-AA/TC. Ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04195-2006-AA.pdf>.

¿LAS FUNCIONES DEL OSITRAN SON MATERIA ARBITRABLE?

Mario Castillo Freyre
Rita Sabroso Minaya

¿LAS FUNCIONES DEL OSITRAN SON MATERIA ARBITRABLE?

*Mario Castillo Freyre**
*Rita Sabroso Minaya***

Sumario: 1. Introducción.— 2. Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).— 3. Materia arbitrable.— 3.1. Arbitrabilidad objetiva.— 3.1.1. ¿Las decisiones del OSITRAN —derivadas del ejercicio de las atribuciones y funciones otorgadas por Ley— pueden ser materia arbitrable?— 3.2. Alcance subjetivo.— 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En el Perú la aparición de la mayoría de los organismos reguladores de los servicios públicos se produjo en el marco del proceso de transformación del rol del Estado en la economía, que se desarrolló durante la década de los noventa del siglo XX.

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de *Arbitraje y Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

** Rita Sabroso Minaya, Abogada del Estudio Mario Castillo Freyre, Adjunta de Docencia del curso de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Secretaria Arbitral en procesos Ad Hoc.

En ella se determinó la liberalización de amplios sectores del mercado, la transferencia al sector privado de la propiedad de numerosas empresas estatales y el otorgamiento de concesiones de servicios públicos y de obras públicas de infraestructura.

Dichas reformas estructurales implicaron un drástico cambio en cuanto al rol que debía desempeñar el Estado, pasando de un ente gestor y empresario, a uno regulador.

Como consecuencia de la reorientación del papel del Estado en la economía, se crearon organismos reguladores de los servicios públicos de telecomunicaciones, electricidad, saneamiento y para las concesiones de obras públicas de infraestructura de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, vías ferroviarias).

Sin embargo, no todos los organismos reguladores fueron creados con anterioridad al proceso de transferencia de propiedad de empresas estatales al sector privado y/u otorgamiento de concesiones a empresas privadas. En consecuencia, al ser creados en diferentes momentos, los organismos reguladores tenían importantes diferencias entre ellos, tanto en funciones como en estructura.

Por ello, se emitió la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley n.º 27332 (en adelante, Ley Marco),¹ con el propósito de establecer normas básicas y comunes de organización y funcionamiento de dichas entidades.

En efecto, la Ley Marco precisó cuáles eran las entidades que formarían parte de los organismos reguladores: OSIPTEL (Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones), OSINERG (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería), SUNASS (Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento) y OSITRAN (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transpor-

¹ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 14 de julio de 2000.

te de Uso Público) y su ubicación en la estructura del Estado (adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros), precisando —además— que son organismos «con personería de derecho público y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera».

Cabe señalar que la Ley Marco no reemplazó a las leyes preexistentes que establecían el régimen legal de cada organismo regulador, las cuales siguieron vigentes, aunque su aplicación debió adecuarse al nuevo marco legal y, así, poder uniformizarlas.

Luego, el Poder Ejecutivo dictó progresivamente los nuevos Estatutos para cada uno de los organismos reguladores. Las normas posteriores —en términos generales— realizaron el esfuerzo de homogeneizar —en la medida de lo posible— el régimen básico de los organismos reguladores en orden a reforzar su autonomía y potenciar sus potestades.

El artículo 2 de la Ley de Supervisión de la Inversión Privada de Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ley n.º 26917 (en adelante, Ley del OSITRAN),² crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).

Dentro de este contexto, el presente artículo analizará si las funciones del OSITRAN son materia arbitrable.

2. ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO (OSITRAN)

Según Tassano,³ el ámbito de regulación del OSITRAN se puede entender desde un plano objetivo y otro subjetivo.

² Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 21 de enero de 1998.

³ TASANO VELAUCHAGA, Hebert. «Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos». En *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, n.º 4, p. 89.

El objetivo se refiere a que el OSITRAN regula la actividad económica de explotación de la infraestructura de transporte de uso público. En efecto, OSITRAN regula el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras y supervisa el cumplimiento de los contratos de concesión, debiendo cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.

El plano subjetivo se refiere a que el OSITRAN ejerce su competencia sobre determinados agentes económicos; a saber: entidades prestadoras, que son empresas o grupos de empresas, públicas o privadas, que realizan actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, contando con título legal o contractual.

El artículo 5 de la Ley del OSITRAN establece los objetivos de dicho organismo regulador, señalando los siguientes:

- (i) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional del transporte.
- (ii) Velar por el cabal cumplimiento del sistema de tarifas, peajes u otros cobros similares que OSITRAN fije o que se deriven de los respectivos contratos de concesión.
- (iii) Resolver o contribuir a resolver las controversias de su competencia que puedan surgir entre las entidades prestadoras, de acuerdo con lo establecido en su Reglamento.
- (iv) Fomentar y preservar la libre competencia en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las entidades prestadoras, sean éstas concesionarios privados y operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Por su parte, el artículo 7 de la Ley del OSITRAN regula las funciones de dicho organismo regulador, indicando —entre las principales— las de:

- (i) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos, desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.
- (ii) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito.
- (iii) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas.
- (iv) Velar por el cumplimiento de las normas sobre contaminación ambiental en la explotación de la infraestructura pública de transporte.
- (v) Interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación.
- (vi) Emitir opinión técnica sobre la procedencia de la renegociación o revisión de los contratos de concesión.
- (vii) Declarar la suspensión temporal de la concesión o su caducidad.
- (viii) Cobrar los derechos, tasas, penalidades y cualquier otro monto que deban pagar los concesionarios de infraestructura pública nacional de transporte, según lo establezcan la ley, los contratos de concesión respectivos y los reglamentos.
- (ix) Ejercer facultades coactivas para el cobro de las deudas en su favor, derivadas de multas, sanciones, tasas y obligaciones originadas en los contratos de concesión.
- (x) Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que deban resolver las controversias entre los operadores, empresas presta-

doras de servicios; de éstos entre sí, y las de carácter patrimonial que pudieran surgir entre el Estado y los concesionarios.

En base a los objetivos y funciones reseñados, el Reglamento de la Ley del OSITRAN, Decreto Supremo n.º 044-2006-PCM (en adelante, el Reglamento), regula el contenido de las diversas funciones.

Las funciones normativa, reguladora, fiscalizadora y sancionadora (en segunda instancia) son ejercidas —de manera exclusiva— por el Consejo Directivo del OSITRAN,⁴ por lo que corresponde analizar brevemente a este órgano.

Así, el artículo 10 de la Ley del OSITRAN señala que el Consejo Directivo es el órgano máximo de dicho ente regulador.

Respecto de las funciones que ejerce el Consejo Directivo, el artículo 53 del Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 53.- Funciones

Son funciones del Consejo Directivo:

- a. Aprobar la política general del OSITRAN y los criterios que deben regir sus funciones.
- b. Velar por el adecuado funcionamiento del sistema tarifario de la infraestructura.
- c. Ejercer la función normativa y reguladora del OSITRAN, en el marco de lo establecido en la Ley y en el presente Reglamento.
- d. Ejercer la función de interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, dando claridad al texto y haciendo posible su aplicación. La interpretación incluye el texto mismo del contrato, sus anexos, las bases de licitación y las circulares.
- e. Aprobar la enajenación, permuta, compra, otorgamiento de promesa de compraventa, garantías, tornamiento de préstamos y adjudicaciones de bienes del OSITRAN, en pago de deudas y, en general, cualquier otro acto de disposición de los bienes del OSITRAN.

⁴ Ver artículos 23, 28 y 40 del Reglamento.

- f. Resolver en segunda y última instancia los recursos impugnativos que le corresponda conocer de conformidad con lo establecido en la Ley y en el presente Reglamento.
- g. Aprobar el Manual de Organización y Funciones, el Plan Operativo y Estratégico, así como el Presupuesto Institucional y las evaluaciones que establezcan la Ley de Gestión Presupuestaria.
- h. Proponer la expedición de normas que contribuyan al cumplimiento de sus fines.
- i. Aprobar la organización interna del OSITRAN.
- j. Aprobar la Memoria Anual.
- k. Aprobar los convenios de carácter interinstitucional que se requieran para el cumplimiento de sus funciones.
- l. Nombrar a los integrantes de los Cuerpos Colegiados, a propuesta del Gerente General.
- m. Proponer el Texto Único de Procedimiento Administrativo a la Presidencia del Consejo de Ministros.
- n. Delegar funciones en el Presidente, la Gerencia General o los demás órganos del OSITRAN, dentro del marco establecido en el presente Reglamento.
- o. Otorgar los poderes que considere necesarios.
- p. Las demás establecidas en el ordenamiento legal vigente.

Asimismo, el artículo 37 del referido Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 37.- Opinión previa y supervisión de los contratos

A fin de guardar concordancia entre las funciones sujetas a su competencia y la de supervisar los contratos de concesión correspondientes, el OSITRAN, a través del Consejo Directivo, deberá emitir opinión previa a la celebración de cualquier contrato de concesión referido a la Infraestructura. El referido pronunciamiento incluirá materias referidas al régimen tarifario del contrato, condiciones de competencia y de acceso a la Infraestructura, aspectos técnicos, económicos y jurídicos relativos a la calidad y oportuna prestación de los servicios, y a los mecanismos de solución de controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, así como las demás materias de competencia del OSITRAN.

En ese mismo sentido, OSITRAN emitirá opinión previa de alguna renegociación y renovación del plazo de vigencia de los contratos de concesión, la misma que deberá pronunciarse sobre su procedencia y deberá contener un análisis de los efectos de tal medida, sugiriendo los términos de la misma. Para lo cual, el

OSITRAN deberá analizar el cumplimiento de las obligaciones de la ENTIDAD PRESTADORA.

[...].

Ahora bien, cabe señalar que el artículo 9.3 del Decreto Legislativo n.º 1012, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, establece lo siguiente:

Artículo 9.- Marco institucional para la provisión de infraestructura y servicios públicos

[...]

9.3 El diseño final del contrato de Asociación Público-Privada, a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada correspondiente, requerirá la opinión favorable de la entidad pública competente y del Ministerio de Economía y Finanzas, quienes emitirán opinión en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles respecto a las materias de su competencia. Si no hubiera respuesta en dicho plazo, se entenderá que la opinión es favorable. Asimismo, se requerirá la opinión del organismo regulador correspondiente, el que deberá emitirla únicamente dentro del mismo plazo.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 11.1 del Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, Decreto Supremo n.º 146-2008-EF, establece lo siguiente:

Artículo 11.- Plazos y carácter de las opiniones para Asociaciones Público-Privadas

11.1 Los contratos establecerán un capítulo específico que consolide los compromisos económico-financieros, las garantías asumidas por el Estado, y en general, los aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado. Las opiniones del Ministerio de Economía y Finanzas y el informe previo de la Contraloría General de la República, se referirán exclusivamente al contenido de dicho capítulo. Del mismo modo, la opinión del organismo regulador a que se refiere el numeral 9.3 de la ley, se restringirá a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio, los que deberán aparecer en capítulos específicos en el contrato.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, según las normas sobre Asociaciones Público-Privadas, la competencia del OSITRAN se limitaría a tres temas; a saber: tarifas, facilidades esenciales y calidad de servicio.

3. MATERIA ARBITRABLE

El arbitraje es un método de solución de controversias, cuya característica fundamental es que las controversias son resueltas por un tercero imparcial.

Como señala Caivano,⁵ el arbitraje nace mediante una declaración de voluntad común de las partes. Esa estipulación implica la exclusión de la jurisdicción judicial: pactado el arbitraje, las partes otorgan a los árbitros potestades jurisdiccionales, renunciando a ser juzgadas por los tribunales ordinarios.

El arbitraje tiene ciertos límites y, a entender del citado autor,⁶ ellos son de dos órdenes.

Los primeros son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y están dirigidas a las partes, ya que implican una restricción a su autonomía de la voluntad. De esta manera, no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen.

Los segundos son las limitaciones que las propias partes imponen y que están dirigidas a los árbitros. Se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.

⁵ CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2, p. 111.

⁶ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 116.

De esta manera, Zuleta⁷ señala que referirse al arbitraje en razón de la materia implica, entonces, determinar el alcance que las partes le dieron al pacto arbitral, bien para limitarlo a determinadas controversias, o bien para extenderlo a todas las controversias que deriven de la relación jurídica o que tengan relación con la misma.

Por su parte, Silva⁸ señala que la doctrina precisa que la expresión «alcance del acuerdo arbitral» puede recibir dos significados: alcance *rationae materiae* del pacto arbitral y alcance *rationae personae* del mismo.

El primer alcance hace referencia a aquellas materias o controversias que se encuentran cubiertas por la voluntad de las partes tal y como ha sido expresada en el pacto arbitral.

El segundo alcance hace referencia a las partes que estarían obligadas por el pacto arbitral.⁹

Dentro de tal orden de ideas, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser:¹⁰

- Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva);
- Válida en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva);

⁷ ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual». En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 223.

⁸ SILVA ROMERO, Eduardo. «Introducción». En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. xxii.

⁹ SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*, p. xxiv.

¹⁰ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 117.

- Obligatorio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquéllas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo);
y
- Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

A entender de Salcedo,¹¹ en la teoría del arbitraje se denomina arbitrabilidad a la calidad del litigio que permite a los árbitros asumir la competencia para resolver el conflicto sometido a ellos a través del pacto arbitral.

Tenemos entonces, a entender de la citada autora, que el término arbitrabilidad puede entenderse de manera objetiva cuando se refiere a una materia susceptible de ser resuelta por medio del arbitraje, mientras que se entiende de manera subjetiva en función de la capacidad de la persona para someterse al arbitraje.

De acuerdo a lo anterior, existe una estrecha relación entre estas dos condiciones que las hace indispensables para que un litigio pueda resolverse por medio del arbitraje. En efecto, si un sujeto capaz no tiene el poder de disposición del derecho objeto del litigio, no puede, por ende, habilitar a un árbitro para resolver dicho conflicto. Ni tampoco podría hacerlo si la materia que se somete a dicho arbitraje no es susceptible de ser juzgada por este medio.

Ahora bien, para efectos del presente artículo —y siguiendo la terminología de Caivano— nos centraremos en la arbitrabilidad objetiva y el alcance subjetivo.

¹¹ SALCEDO CASTRO, Myriam. «La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje». En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 113.

3.1. Arbitrabilidad objetiva

No cualquier cuestión litigiosa puede ser resuelta por árbitros. En la base de este principio existe una decisión de política legislativa, ya que es el legislador quien determina qué es lo que se puede arbitrar o qué no.

Tradicionalmente han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje; a saber: (i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y (ii) el criterio patrimonial.¹²

A entender de Caivano,¹³ en términos generales se define el ámbito de «lo arbitrable», diciendo que pueden someterse a decisión de árbitros aquellas cuestiones que involucran derechos «disponibles». De esta manera, la disponibilidad de un derecho es definida como la posibilidad de decidir libremente sobre él, la cualidad que lo hace susceptible, por ejemplo, de transacción y de renuncia. Si una persona puede disponer de un derecho (inclusive renunciando a él), no es posible limitar su aptitud de otorgar a un tercero, aunque no sea un juez del Estado, la potestad de determinar el contenido o el alcance de ese derecho.

Sobre el particular, Suescún¹⁴ señala que uno de los principios universales en materia de arbitraje es que las cuestiones que las partes someten a decisión de los árbitros deben ser «arbitrables». El concepto de arbitrabilidad se relaciona con la naturaleza de los derechos en disputa y se identifica con el de «disponibilidad». Se dice que un derecho es disponible cuando sobre él ejerce total dominio su titular, de tal modo que puede hacer todo lo que desee en relación con él.

¹² ARIAS LOZANO, David. *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 31.

¹³ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 118-119.

¹⁴ SUESCÚN MELO, Jorge. «De las facultades de los árbitros para interpretar y aplicar normas de orden público». En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 256.

Hay quienes señalan que hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito, porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En Derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia, sino que está en función de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no.¹⁵

Así lo ha entendido con acierto Silvia Gaspar,¹⁶ comentando el artículo 1 de la Ley de Arbitraje española de 1988, que establece que «mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, *en materias de su libre disposición conforme a derecho*».

Afirma Gaspar que la locución «conforme a derecho» no cabe interpretarla más que en el sentido de considerar que la determinación del concepto de disponibilidad —teniendo en cuenta su carácter variable— no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado. Es por ello que suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público, también de contenido variable e indeterminado. Por tal razón, la citada autora considera —acertadamente— que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante del ámbito material del arbitraje.

Por otro lado, aunque corresponde a cada Estado señalar legalmente los derechos que, existiendo un conflicto, pueden ser objeto de arbitraje, no es menos cierto que las leyes que regulan la institución arbitral en el mundo, se estructuran en razón de una técnica legislativa estándar, que establece otros dos criterios para definir la arbitrabilidad de un derecho: el criterio positivo y el criterio negativo.

¹⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Lima: Palestra Editores, 2009, p. 42.

¹⁶ GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, p. 89.

Se entiende por el primero, el que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Es éste, como se verá al momento de revisar la ley sobre la materia, un criterio abierto e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni enumera cuáles son esos derechos de libre disposición. Por el contrario, el criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida en que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.

Con relación a los criterios positivo y negativo, Lohmann¹⁷ dice que respecto a los temas o controversias arbitrables —*criterio positivo*—, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a «facultad de libre disposición» ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas —*criterio negativo*—, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrase.

Para López Menudo,¹⁸ es inapropiado utilizar un sistema de lista en el que casuísticamente se enumeren las materias susceptibles o no de solución arbitral.

¹⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V, pp. 61-68.

¹⁸ Citado por BUSTILLO BOLADO, Roberto O. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004, p. 365.

A nadie escapa, pues, que el eje para determinar qué derechos son susceptibles de arbitraje es el criterio negativo. Y esto porque sin criterio negativo (es decir, sin lista cerrada de prohibiciones), cualquier derecho podría ser arbitrable, siempre que sea de libre disposición.

En la nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071), la materia arbitrable se regula lacónicamente en el inciso 1 del artículo 2, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlado por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral. (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la nueva ley deja de lado el criterio negativo que contemplaba el artículo 1 de la antigua Ley General de Arbitraje.

En efecto, de manera novedosa,¹⁹ la nueva Ley de Arbitraje mantiene el criterio de «libre disponibilidad» (criterio positivo), incluyendo aquellas materias que hayan sido autorizadas de ser conocidas en sede arbitral, a través de una ley o de un tratado o de un acuerdo internacional (como, por ejemplo, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI); y, en general, todos los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI o BIT); así como los multilaterales en los

¹⁹ Decimos novedosa, porque, por ejemplo, el Proyecto Modificador de la Ley General de Arbitraje, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006, no contemplaba modificación alguna al citado artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

que por remisión o pacto, se establezca como medio de solución de controversias, el arbitraje).

La Exposición de Motivos de la nueva Ley de Arbitraje no nos brinda una razón del porqué se prescindió del criterio negativo.

Eliminado el criterio negativo en la nueva Ley de Arbitraje, sólo tenemos a la «libre disposición» como eje orientador, a efectos de determinar si una materia es o no arbitrable.

Ello ha sido acertado, pues el criterio negativo que pretendía excluir del arbitraje determinadas «materias» adolecía de un serio defecto, a saber: dejaba la puerta abierta para que las cuatro prohibiciones que allí se sancionaban estuvieran plagadas de excepciones. Esto quería decir, que las prohibiciones en realidad no prohibían tanto como aparentaban o querían, y que el arbitraje, incluso en ellas, estaba más que presente.²⁰

De ahí la necesidad de pensar muy en serio sobre si el criterio negativo, esto es, las prohibiciones sobre lo que no se puede arbitrar, tenía en realidad algún sentido para determinar todo aquello que sí se puede arbitrar. Lo cierto es que, tal como el devenir histórico lo está demostrando, cada vez son más los derechos sobre los que se puede arbitrar²¹ y esto se reflejaba plenamente en las múltiples excepciones susceptibles de extraerse de las cuatro prohibiciones reguladas en la derogada Ley General de Arbitraje.

En este sentido, la nueva Ley de Arbitraje ha dado un paso muy importante, pues, en principio, no reconoce ninguna «materia» que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente).

²⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y RITA SABROSO MINAYA. *Op. cit.*, p. 47.

²¹ Ver: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, 2007, tomos III y IV.

3.1.1. *¿Las decisiones del OSITRAN —derivadas del ejercicio de las atribuciones y funciones otorgadas por ley— pueden ser materia arbitrable?*

Una singularidad de la Constitución peruana es la habilitación para el arbitraje con el Estado que está contenida en su artículo 63.4, precepto que establece lo siguiente:

64.3.El Estado y las demás personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual [...] a arbitraje nacional e internacional, en la forma en que disponga la ley.

Así, la Constitución contiene una habilitación general para que el Estado y las dependencias que lo integran, sin distinción, puedan someter a arbitraje las controversias derivadas de sus relaciones contractuales.²²

En tal sentido, el OSITRAN —en tanto organismo público descentralizado—²³ puede someter a arbitraje las controversias derivadas de sus relaciones contractuales.

Ahora bien, como señala Santistevan,²⁴ dado que el Estado se rige por normas de Derecho Público y su actuación está enmarcada en el principio de legalidad (sólo lo que la ley autoriza le está permitido al Estado y sus funcionarios), resulta fundamental conocer los alcances de la habilitación que la Constitución y la ley brindan a las partes estatales para comprometerse a arbitraje.

²² SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, agosto 2008, n.º 177, p. 21.

²³ En efecto, recordemos que el artículo 2 de la Ley del OSITRAN establece que el OSITRAN es un organismo público descentralizado adscrito al Sector Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, con personería jurídica de Derecho Público Interno y autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera.

²⁴ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 23.

Sobre el particular, Salcedo²⁵ sostiene que las entidades públicas, requieren tanto como los particulares, de una habilitación legal previa para poseer la capacidad jurídica para actuar. Pero, en el Derecho Público dicha habilitación debe ser expresa, puesto que las entidades públicas no pueden hacer sino lo que está expresamente permitido por la ley y, por ende, en materia de arbitraje la ausencia de dicha habilitación conlleva a la invalidez del pacto arbitral.

Adicionalmente, la libre disponibilidad, criterio clave en la determinación de la arbitrabilidad objetiva de los litigios, se presenta en abierta contradicción con el principio de legalidad que rige la actuación de las entidades públicas.²⁶

Dentro de tal orden de ideas, debemos diferenciar los actos *ius imperii* de los actos *ius gestionis*, a efectos de catalogar las decisiones vinculantes del OSITRAN y ver si pueden o no ser materia arbitrable.

Bullard²⁷ señala que se ha acuñado la distinción entre actividad soberana y actividad comercial o, lo que es lo mismo, entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, distinción que permite excluir estos últimos de cualquier pretensión de inmunidad por parte de un Estado cuando actúa como un particular.²⁸

²⁵ SALCEDO CASTRO, Myriam. *Op. cit.*, p. 122.

²⁶ SALCEDO CASTRO, Myriam. *Op. cit.*, p. 116.

²⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Enemigos íntimos. El Arbitraje y los Contratos Administrativos». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2, pp. 178-179.

²⁸ Sobre el particular, Bullard cita el caso *Société Anonyme des Chemins de Fer Liégeois Luxembourgeois vs. The Netherlands*, en donde se señaló que el Estado no se limita a desarrollar actos políticos. Muchas veces se dedica —por las necesidades colectivas— a comprar, adquirir, convertirse en deudor o acreedor, o involucrarse en el comercio. En estos actos el Estado no actúa como un poder público. Hace lo mismo que cualquier privado y como tal actúa en su capacidad civil o privada. Si negocia, se pone de igual con una persona, o asume responsabilidades no conectadas con el orden público. El litigio derivado de ello se regula por las reglas civiles y, como tal, es tratado como cualquier otra persona.

Por su parte, Salcedo²⁹ señala que se puede apreciar al Estado de dos maneras: como (i) sujeto de derechos y obligaciones, o como (ii) el soberano que está dotado de *imperium* (o poder de ejercicio de la fuerza legítima), manifestado de diferentes maneras (tratándose de los poderes ejercidos por los diferentes órganos del Estado).

Asimismo, Gaspar³⁰ precisa que la Administración Pública, además de actuar conforme al Derecho Administrativo, también puede hacerlo con sujeción al Derecho Privado, renunciando a sus prerrogativas de Derecho Público. Ello tiene lugar, con carácter general, cuando interviene en el tráfico civil o mercantil como agente gestor o administrador de negocios privados. Así, pues, en este tipo de relaciones, la Administración, en cuanto sujeto de Derecho Privado, bien podría someter los conflictos suscitados con otros sujetos —también de Derecho Privado— al arbitraje.

Por su parte, Díaz-Candia³¹ sostiene que el *ius imperium* del Estado es importante y está sujeto a reglas especiales de Derecho Público y los actos administrativos se emiten precisamente en ejercicio de ese *ius imperium*.

Sobre el particular, Santistevan³² se pregunta ¿qué se interpreta como materia de libre disposición en el marco de la actuación estatal que se define por el principio de legalidad?

Al respecto, el citado autor señala que no puede ser cualquier decisión del Estado, pues en rigor ninguna es de libre disposición y la mayoría de ellas constituyen la expresión del *ius imperium* que por definición se aplica por mandato de la ley y sin permitir discrecional-

²⁹ Citado por SALCEDO CASTRO, Myriam. *Op. cit.*, p. 115.

³⁰ GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, pp. 262-263.

³¹ DÍAZ-CANDIA, Hernando. «La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2009, n.º 10, p. 92.

³² SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 23.

lidades propias del tráfico comercial y de las relaciones disponibles de los particulares. Ni siquiera los actos de gestión en la vida comercial (en que el Estado ejerce el *ius gestionis*) la disponibilidad de los funcionarios está plenamente presente, pues también van a estar sujetos al principio de legalidad que es lo contrario de la libre disposición.

Dentro de tal orden de ideas, es importante tener en cuenta que no todos los actos de la administración son el resultado del ejercicio de prerrogativas derivadas del *imperium* del Estado que, por supuesto, no puede considerarse como materia de libre disposición. Por el contrario, muchas de sus actividades son consideradas como *iure gestionis*, particularmente aquéllas en las cuales el Estado actúa como agente económico (en las relaciones contractuales). Es entonces en estos supuestos que el arbitraje puede privilegiarse como método de resolución de controversias, a pesar de que se vinculen entidades de naturaleza pública.

Por otro lado, Bullard³³ nos dice que se ha intentado mediatizar el sometimiento a arbitraje con la teoría de actos de Estado, sosteniendo que si las adquisiciones se producen para efectos del cumplimiento de una función pública (construcción de un bien público, por ejemplo), el acto tiene naturaleza pública y no comercial. Sin embargo, tal argumento tampoco ha merecido un retroceso en el reconocimiento de la arbitrabilidad de este tipo de controversias. La doctrina (y las legislaciones aplicables que la han seguido) se han concentrado en resaltar que lo importante es la naturaleza del acto, no su propósito. Ello, porque se ha entendido que el Estado, cuando sale al mercado, debe ser tratado en igualdad de condiciones en relación a las condiciones con las que se trata a cualquier particular, restringiéndose la tesis de la inmunidad absoluta de un Estado. Finalmente, la solución es tan simple como considerar estos actos como expresiones del *iuris gestionis* y no del *iuris imperio*.

³³ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 188-189.

Santistevan³⁴ reconoce que hay evidentemente un ámbito patrimonial en el que el Estado y sus entidades se relacionan con los particulares, precisamente a propósito de la satisfacción de necesidades públicas que le obligan a relacionarse contractualmente con ellos y que están sujetas al tráfico comercial y a las relaciones patrimoniales.

Resulta evidente que las decisiones vinculantes³⁵ que el OSITRAN emite en virtud de las funciones detalladas en el numeral 2 del presente artículo, se derivan del *ius imperium* del Estado.

³⁴ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 23.

³⁵ Hacemos hincapié en que el presente desarrollo se centra únicamente en aquellas decisiones del OSITRAN que tengan carácter vinculante, habida cuenta de que existen opiniones del ente regulador que no son vinculantes para el concedente ni para el concesionario.

Así, por ejemplo, en el ítem III Base Legal, de los Lineamientos de OSITRAN para la emisión de opinión de los proyectos de contratos de concesión, de marzo del 2008, se señala que «en concordancia con la norma mencionada [artículo 2 de la Ley n.º 27701, Ley que establece disposiciones para garantizar la concordancia normativa entre los procesos de privatización y concesiones con la legislación regulatoria], la opinión del Consejo Directivo del OSITRAN no es vinculante, y se refiere a aquellas disposiciones comprendidas en los expedientes finales [...] de los procesos de concesión que regulen la materia de competencia de los organismos reguladores». (El subrayado es nuestro).

Dichos lineamientos establecen el carácter no vinculante de las opiniones del Consejo Directivo del OSITRAN, en tanto ni la Ley del OSITRAN ni su Reglamento asignan carácter vinculante alguno a dichas opiniones.

Sin embargo, cabe señalar que dicha situación habría sido modificada por el artículo 17.3. del Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público – Privadas, Decreto Supremo n.º 146-2008-EE, de fecha 8 de diciembre de 2008, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 17.- Trámite de las iniciativas privadas en proyectos de inversión
[...]

17.3 Tratándose de iniciativas privadas de competencia del Gobierno Nacional, PROINVERSIÓN deberá solicitar opinión al sector o sectores correspondientes sobre el interés y relevancia del proyecto, y, en asuntos que resulten de su competencia, al Organismo Regulador correspondiente, así como opinión técnica a otras entidades.

Las entidades a las cuales se les requiera opinión, deberán emitirla en un plazo no mayor de veinte (20) días hábiles, bajo responsabilidad. La opinión

Por el contrario, cuando el Estado interactúa contractualmente con los particulares, comprando, vendiendo o concesionando un servicio para que un particular lo explote (como el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en los Contratos de Concesión), está realizando actos *ius gestionis*.

En efecto, no nos olvidemos de que el OSITRAN regula la actividad económica de explotación de la infraestructura de transporte de uso público, así como el comportamiento de los mercados en los que actúan las entidades prestadoras, supervisando el cumplimiento de los contratos de concesión. En otras palabras, realiza actos derivados del *ius imperium* del Estado.

Asimismo, debemos recordar que, de conformidad con lo establecido por el literal f. del artículo 53 del Reglamento de la Ley del OSITRAN, el Consejo Directivo del OSITRAN tiene entre sus funciones la de resolver —en segunda y última instancia— los recursos impugnativos que le corresponda conocer de conformidad con lo establecido en la ley y en el Reglamento.

del sector o sectores correspondientes tendrá carácter vinculante». (El subrayado es nuestro).

Asimismo, en los contratos de concesión se establece cuándo la actuación del regulador, es decir, del OSITRAN, es obligatoria. Por ejemplo, en el Contrato de Concesión de las obras y el mantenimiento de los tramos viales del eje multimodal del amazonas norte del «Plan de acción para la integración de infraestructura regional sudamericana – IIRSA», de fecha 17 de junio del 2005, se señala lo siguiente:

«REGULADOR:

Es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN, de acuerdo a lo que dispone la Ley n.º 26917 y sus normas reglamentarias, complementarias y modificatorias y cuyas disposiciones (reglamentos autónomos, directivas de carácter general y normas de carácter particular, indicadas en el Artículo 7 del Reglamento que aprueba el Decreto Supremo n.º 010-2001-PCM), son de observancia y cumplimiento obligatorio para el CONCESIONARIO». (El subrayado es nuestro).

Así, por ejemplo, el artículo 40 del Reglamento señala que la función fiscalizadora y sancionadora corresponde en primera instancia a la Gerencia General del OSITRAN y, en segunda instancia, por vía de apelación, al Consejo Directivo. En dicho supuesto, si la Entidad Prestadora³⁶ (concesionario) no está de acuerdo con el acto administrativo emitido por el OSITRAN, corresponderá que acuda al proceso contencioso administrativo.

En otras palabras, en aquellos casos en los que no se esté de acuerdo con lo resuelto por el Consejo Directivo —en segunda instancia—, se deberá acudir al Poder Judicial, a efectos de que ejerza el control jurídico a que se hace referencia en el artículo 1 de la ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.³⁷

De esta manera, a través de la acción contenciosa administrativa se ejerce un control sobre la actuación de la administración pública (en

³⁶ El literal k) del artículo 1 del Reglamento del OSITRAN establece los siguiente:

Artículo 1.- «Definiciones:

[...]

k) Entidad Prestadora: Empresas o grupo de empresas que tiene la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de Infraestructura nacional o regional de transporte de uso público, sean empresas públicas o privadas y que conservan frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios. Del mismo modo, los son también los Administradores Portuarios de infraestructura portuaria de uso público [...].».

³⁷ Así, por ejemplo, debemos recordar que el literal d) del artículo 53 del Reglamento de OSITRAN, establece que es función del Consejo Directivo la de «interpretar los títulos en virtud de los cuales las ENTIDADES PRESTADORAS realizan sus actividades de explotación. Dicha interpretación está orientada a determinar el sentido de una o más cláusulas del CONTRATO DE CONCESIÓN, dando claridad al texto y haciendo posible su ejecución [...]».

En tal sentido, si el Consejo Directivo ejerce dicha función, emitiendo un pronunciamiento en segunda instancia, entonces sí se podrá acudir al Poder Judicial para interponer una demanda contenciosa administrativa.

Por el contrario, si se trata de una función que se ejerce sin efectos o consecuencias vinculantes para las partes, y, por ende, no impugnables, no corresponde —de modo alguno— acudir al proceso contencioso administrativo.

este caso, sobre los actos administrativos emitidos por el OSITRAN), de conformidad con la exclusividad del proceso establecida por el artículo 3 de la referida ley.

En efecto, y siguiendo la clasificación de Dromi³⁸ de los actos administrativos, podemos apreciar que el OSITRAN emite actos administrativos de decisión, ya que van dirigidos a un fin de la Administración, cuando, por ejemplo, aplica una sanción de conformidad con el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).

Resulta evidente que este tipo de actos emitidos por OSITRAN, cumplen con los elementos descritos por Morón,³⁹ a saber: se trata de una declaración emitida por una de las entidades del Estado, que está destinada a producir efectos jurídicos externos, al recaer en derechos, intereses y obligaciones de los administrados (entidades prestadoras, por ejemplo), todo ello en el marco de una situación concreta de Derecho Público.

Ahora bien, sobre el particular, Herrera⁴⁰ diferencia dos supuestos; a saber:

- (i) El arbitraje y las controversias entre el Estado y un operador, referidas a la regulación; y
- (ii) El arbitraje y las controversias entre el Estado y un operador, referidas al contrato de concesión.

En el primer caso, estamos frente a un conflicto nacido u originado a partir de la decisión regulatoria que adopta un organismo estatal

³⁸ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo I, p. 319.

³⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, pp. 61-65.

⁴⁰ HERRERA MERCADO, Hernando. «El arbitraje en materia de telecomunicaciones». En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 446.

encargado de dictar la política pública en dicha materia (por ejemplo, el OSITRAN) y, en tal sentido, dicho acto posea una especial afectación a un operador que puede mostrarse renuente o en ciernes de controversia frente a la medida adoptada.

Se pregunta entonces, el citado autor, si este tipo de controversia podría someterse a conocimiento, trámite y decisión por parte de un tribunal arbitral. A entender de Herrera, es más que evidente que el ejercicio de regulación pública está amparado y supone la *summa potestas* del Estado; por tanto, se advierte fácilmente que las controversias surgidas entre un operador y un organismo regulador, no pueden ser objeto de pronunciamiento arbitral.

De esta manera, coincidimos con Herrera,⁴¹ en el sentido de que el pacto arbitral que celebren las partes (en el caso objeto del presente artículo, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el concesionario), no otorga competencia a la justicia arbitral para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales (es decir, los actos administrativos emitidos por el OSITRAN en ejercicio de las funciones otorgadas por ley).⁴²

⁴¹ HERRERA MERCADO, Hernando. *Op. cit.*, p. 447.

⁴² Así, por ejemplo, si analizamos la función de «interpretar los títulos en virtud de los cuales las entidades prestadoras realizan sus actividades de explotación» (contemplado en el literal e) del artículo 7.1. de la Ley de OSITRAN), debemos señalar que en tanto dicho pronunciamiento tenga carácter vinculante, tanto para el concedente como para el concesionario, no estaría dentro de la competencia *rationae materiae* de un tribunal arbitral, en tanto la o las partes podrían —en todo caso— impugnarlo en otra vía (la del contencioso administrativo). Ahora bien, cabe precisar que si el pronunciamiento por parte del ente regulador carece de fuerza vinculante y simplemente se trata, por ejemplo, de una recomendación, la misma no tendrá que ser impugnada en ninguna instancia (ni judicial ni arbitral). En otras palabras, al ser un pronunciamiento sin fuerza vinculante, su incumplimiento por alguna de las partes del contrato de concesión no acarrea ninguna consecuencia (entendida, como ninguna sanción).

Por otro lado, debemos recordar que el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que se pueden someter a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

En ese sentido, resulta evidente que ni el Ministerio de Transportes y Comunicaciones —en su calidad de concedente— ni el concesionario, tienen libre disposición sobre las funciones otorgadas por ley al OSITRAN.

En otras palabras, ni el concedente ni el concesionario pueden disponer de las funciones (y de los actos administrativos que emite el OSITRAN derivados, precisamente, de dichas funciones legales), es decir, no pueden decidir libremente sobre ellas, por lo que tampoco están en aptitud de otorgar a un tercero (tribunal arbitral), la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas.

Como ya hemos visto, al citar a Suescún,⁴³ se dice que un derecho es disponible cuando sobre él ejerce total dominio su titular, de tal modo que puede hacer todo lo que desee en relación con él; situación que —de modo alguno— se presenta en relación a las funciones otorgadas por ley al OSITRAN, ya que las mismas se derivan del *ius imperium* del Estado y considerando que tales funciones no son de titularidad ni del concesionario ni del concedente.

Una posición similar también es desarrollada por Mantilla Serrano,⁴⁴ quien distingue entre actos administrativos reglados y actos administrativos individuales. Los primeros son aquéllos mediante los cuales la administración ejerce potestades discrecionales —previstos como tales en una norma previa a su expedición— cuya esfera de acción afecta directamente a terceros y al interés general. Por el contra-

⁴³ SUESCÚN MELO, Jorge. *Op. cit.*, p. 256.

⁴⁴ MANTILLA SERRANO, Fernando. «El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea». En *Revista Internacional de Arbitraje*. n.º 2, Bogotá: Legis Editores, 2005, pp. 85-86.

rio, el acto administrativo individual sólo afecta al destinatario del mismo y es propio de las relaciones contractuales.

A entender del citado autor, la legalidad de los actos administrativos reglados no entra dentro del ámbito de lo disponible y, por lo tanto, no es arbitrable. Respecto del acto administrativo individual, cabe la transacción y, por ende, el arbitraje.

Siguiendo la distinción de Mantilla Serrano, ubicamos a los actos emitidos por el OSITRAN —en ejercicio de las funciones otorgadas por ley— como actos administrativos reglados, por lo que los mismos no son arbitrables. Asimismo, encontramos a los actos emitidos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones —en virtud del contrato de concesión—, los cuales sí podrían ser materia de arbitraje.

Como bien señala Herrera,⁴⁵ el principio de no negociabilidad del ejercicio de las potestades públicas, consiste en que al Estado no le es dable despojarse de sus competencias legales, renunciar a ellas, dejar de ejercerlas, ni negociarlas o transigir sobre la legalidad de los actos administrativos. Éste es el fundamento del principio de indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, el cual no impide que la validez del acto sea controvertida, siempre y cuando se cumplan los mecanismos procesales establecidos por la ley. Lo que en nuestro caso nos deriva al proceso contencioso-administrativo.

A entender del citado autor, a la justicia arbitral sólo le es dable decidir sobre aquellos asuntos susceptibles de transacción; es así como los tribunales arbitrales no pueden resolver aquellos asuntos en los cuales se encuentren involucrados el orden público y el ejercicio de potestades estatales, entre ellas el juzgamiento de la legalidad de un acto administrativo de carácter regulatorio. En consecuencia, será la jurisdicción contenciosa administrativa la facultada

⁴⁵ HERRERA MERCADO, Hernando. *Op. cit.*, p. 447.

para resolver de manera exclusiva y excluyente los asuntos relativos a la legalidad de los actos administrativos, facultad que tiene carácter intransferible.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente la imposibilidad de que un tribunal arbitral pueda analizar y emitir juicios jurídicos sobre la legalidad del acto administrativo de naturaleza regulatoria, como los emitidos por OSITRAN en virtud de las funciones otorgadas por Ley, al ser materia ajena a su competencia.

Esta conclusión no resulta ajena a lo establecido en algunos de los contratos de concesión. En efecto, veamos algunas cláusulas arbitrales contenidas en los contratos de concesión, en donde se expresa qué materias no son arbitrables.

Así, en el «Contrato de Concesión del primer grupo de aeropuertos de provincia de la República del Perú» se establece lo siguiente:

- 16.2. Ámbito de aplicación.
- 16.2.1. La presente sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Caducidad de la Concesión; con excepción de aquellas controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado; o de personas o entidades de derecho público, dentro de éstas del OSITRAN.
- 16.2.2. No serán materia de sometimiento a arbitraje las controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el OSITRAN en ejercicio de su función normativa, supervisora, fiscalizadora y reguladora. Las impugnaciones contra estos actos deberán tramitarse necesariamente en la vía contencioso administrativa. (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, están expresamente excluidos de la cláusula de solución de controversias los siguientes temas:

- (i) Controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado;

- (ii) Controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de personas de derecho público;
- (iii) Controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de entidades de derecho público (dentro de éstas del OSITRAN); y
- (iv) Controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el OSITRAN en ejercicio de su función normativa, supervisora, fiscalizadora y reguladora.

Es decir, se excluyen de la cláusula de solución de controversias, los temas que han sido objeto de análisis en el presente artículo.

Otro ejemplo interesante de cláusulas arbitrales en las que se excluyen expresamente las funciones y atribuciones del OSITRAN, lo encontramos en el «Contrato de Concesión para la construcción, conservación y explotación del Tramo 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil», en donde se establece lo siguiente:

Sección XVIII: Solución de controversias.

[...]

Ámbito de aplicación

18.2. La presente Sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Caducidad de la Concesión.

De conformidad con el artículo 62 de la Constitución Política del Perú se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionarán en la vía arbitral, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato.

El laudo que se expedirá será integrado a las reglas contractuales establecidas en el presente Contrato de Concesión.

[...]

Trato Directo

18.10. Las partes declaran que es su voluntad que todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia o Caducidad de la Concesión (con excepción de lo referente al régimen tarifario

regulado por el REGULADOR —en la medida que corresponda, conforme al literal b) del numeral 7.1 de la Ley n.º 26917— cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de este órgano o de personas o entidades en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa), serán resueltos por trato directo entre las Partes, dentro de un plazo no menor a tres (3) meses [...]. (El subrayado es nuestro).

Aquí, están expresamente excluidos de la cláusula de solución de controversia los siguientes temas:

- (i) Régimen tarifario regulado por OSITRAN;
- (ii) Decisiones del OSITRAN en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa;
- (iii) Decisiones de personas en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa; y
- (iv) Decisiones de entidades en ejecución de sus competencias administrativas, atribuidas por norma expresa.

Una cláusula menos específica que las anteriores, pero que cumple con la finalidad de establecer la exclusión de estos temas como materia arbitrable, la encontramos en el «Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucasana – Cerro Azul – Ica (Red Vial 6)», que establece lo siguiente:

Sección XV: Solución de controversias.

[...]

Ámbito de aplicación

15.2. La presente Sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Resolución y Caducidad de la Concesión.

[...]

Trato Directo

15.12. Las partes declaran que es su voluntad de todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier

aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión (con excepción del régimen tarifario regulado por el REGULADOR, cuya vía de reclamo es la vía administrativa u otras decisiones de éste (sic) órgano en el ejercicio de sus funciones administrativas), serán resueltos por trato directo entre las Partes implicadas, dentro de un plazo de quince (15) Días [...]. (El subrayado es nuestro).

Se aprecia que están expresamente excluidos de la cláusula de solución de controversia los siguientes temas:

- (i) Régimen tarifario regulado por OSITRAN; y
- (ii) Decisiones del OSITRAN en ejercicio de sus funciones administrativas.

Asimismo, el «Contrato de Concesión de la Autopista del Sol. Tramo Trujillo–Sullana», establece lo siguiente:

Sección XVIII: Solución de controversias.

[...]

Ámbito de aplicación

18.2. El presente Capítulo regula la solución de controversias que se generen entre las Partes durante la Concesión y aquellas relacionadas con la resolución del Contrato y Caducidad de la Concesión, con excepción de aquellas controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el REGULADOR en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto en la Ley n.º 26917.

De conformidad con el artículo 62 de la Constitución Política del Perú se reconoce que los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionarán en la vía arbitral, según los mecanismos de protección previstos en el Contrato.

El laudo que se expedirá será integrado a las reglas contractuales establecidas en el presente Contrato de Concesión.

[...]

Trato Directo

18.11. Las Partes declaran que es su voluntad de todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier

aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia del Contrato o Caducidad de la Concesión, serán resueltos por trato directo entre las Partes.

[...]. (El subrayado es nuestro).

En este supuesto, están expresamente excluidos de la cláusula de solución de controversias, las controversias que surjan respecto de los actos administrativos que emita el regulador en ejercicio de sus funciones, en atención a lo dispuesto en la Ley n.º 26917.

Otros contratos no excluyen expresamente a las atribuciones y funciones del OSITRAN. Así tenemos el caso del «Contrato de Concesión n.º 01-94-MTC/15.03.SINMAC», en el que se establece simplemente lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y JURISDICCIÓN

- 16.01. Cualquier controversia surgida como consecuencia de este Contrato será resuelta preferentemente mediante negociación directa y amistosa entre las partes.
- 16.02. Toda discrepancia que pudiera surgir entre las partes y que no pudiera ser resuelta en forma directa, será sometida a arbitraje de derecho que se realizará en la ciudad de Lima. [...].

O el «Contrato de Concesión de las Obras y Mantenimiento de los Tramos Viales del eje multimodal del Amazonas Norte del «Plan de acción para la integración de Infraestructura Regional Sudamericana IIRSA»», que establece lo siguiente:

Sección XVI: Solución de controversias.

[...]

Ámbito de aplicación

- 16.2. La presente Sección regula la solución de controversias de carácter patrimonial que se generen durante la Concesión y aquellas relacionadas con la Caducidad de la Concesión.

[...]

Trato Directo

- 16.10. Las partes declaran que es su voluntad de todos los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídica que pudieran surgir con

respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez, eficacia o Caducidad del Contrato, serán resueltos por trato directo entre las Partes, dentro de un plazo de quince (15) días [...].

Si bien estas cláusulas no excluyen expresamente como materias arbitrables las decisiones del OSITRAN en ejercicio de las funciones y atribuciones que la ley le otorga, en realidad ello no significa —de modo alguno— que sí lo sean, habida cuenta de que ni el Ministerio de Transportes y Comunicaciones —en su calidad de concedente— ni el concesionario, tienen libre disposición sobre dichos temas.

Esto significa que, como las partes no pueden decidir libremente las decisiones del OSITRAN, tampoco están en aptitud de otorgar a un tribunal arbitral la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas.

3.2. Alcance subjetivo

Como ya hemos señalado, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos, entre ellos, determinar si es obligatorio en sentido personal, es decir, si existe identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral.

Ello resulta relevante, habida cuenta de que el principal argumento de OSITRAN para negarse a acudir a un arbitraje, es que no ha suscrito ninguno de los convenios arbitrales contenidos en los contratos de concesión.

Sin embargo, dicho argumento se vería mermado por lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje; que establece lo siguiente:

Artículo 14.- «Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de mane-

ra determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos». (El subrayado es nuestro).

Esta nueva ley, introdujo algunas modificaciones importantes, siendo una de las más resaltantes la relativa a la extensión del convenio arbitral.

Según la Exposición de Motivos del referido Decreto Legislativo, estas nuevas disposiciones permitirían una aplicación más eficiente del acuerdo que da origen al arbitraje, garantizando de esta manera el respeto a la voluntad de las partes de someterse a este medio de resolución de conflictos.

Asimismo, la Exposición de Motivos señala que si bien el artículo 14 pone algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible para evitar caer en una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste por escrito, ya que esto último podría ocasionar el divorcio entre la realidad y la normatividad vigente y, por lo tanto, la pérdida de utilidad del Arbitraje.

Como señala el artículo 13 de la Ley de Arbitraje, 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.

A entender de Vidal,⁴⁶ el convenio arbitral viene a ser un acto o negocio jurídico constitutivo, debido a que genera obligaciones para las partes y las vincula ante el eventual surgimiento de un conflicto.

⁴⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «El convenio arbitral». En *Derecho PUC*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, n.º 56, p. 571.

En palabras de Matheus,⁴⁷ el Convenio Arbitral tiene dos efectos fundamentales: el llamado efecto positivo que consiste en la obligación de las partes de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir en una determinada relación jurídica, así como la obligación de cumplir con la decisión de los árbitros, y el denominado efecto negativo que se traduce en la prohibición a los órganos de la jurisdicción estática de conocer tales cuestiones.

Según Caivano,⁴⁸ el acuerdo arbitral, en consecuencia, tiene naturaleza convencional, por lo que resulta aplicable a su respecto lo dispuesto en materia de contratos.

En efecto, como señalan Galluccio y Mori,⁴⁹ es también necesario tener en cuenta que el origen de cualquier proceso arbitral es siempre un contrato y, como tal, se le deben aplicar las reglas concernientes a los contratos. En ese sentido, la principal regla aplicable al convenio arbitral es el *pacta sunt servanda*, de la cual podemos inferir dos importantes consecuencias. La primera está relacionada con el hecho de que el convenio arbitral es obligatorio y son las partes las que voluntariamente se someten a las reglas de juego establecidas por ellas mismas, teniendo por obligatorio cumplirlas. Por otro lado, la segunda consecuencia vendría a ser que dicho convenio es obligatorio sólo para las partes del mismo e, inicialmente, vincularía sólo a quienes tuvieron a bien pactarlo.

En efecto, como señala Mantilla Espinoza,⁵⁰ en lo que respecta al consentimiento de las partes, el principio general parece ser la autono-

⁴⁷ MATHEUS, Carlos. «Los efectos y las patologías del Convenio Arbitral en la nueva Ley de Arbitraje». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, julio de 2009, n.º 188, p. 90.

⁴⁸ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 111.

⁴⁹ GALLUCCIO, Tonder y Pablo MORI. «La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades». En *Advocatus*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2009, n.º 23, p. 194.

⁵⁰ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. «Los límites al consentimiento en el pacto arbitral». En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 237.

mía de la voluntad, el cual se manifiesta a través del efecto relativo de los contratos, que determina que el pacto arbitral únicamente produce efectos jurídicos con respecto a las personas que manifestaron su voluntad, y de la soberanía de la voluntad, en virtud de la cual, no sólo los sujetos tienen la libertad de celebrar o no el pacto arbitral, sino que, además, éstos sólo se obligan en la medida en que hayan aceptado sus disposiciones.

Por su parte, Suárez Anzorena⁵¹ señala que, por regla general, el arbitraje es una criatura contractual y, como tal, tiene efectos únicamente entre quienes son partes de la relación jurídica convencional que lo funda y que a la vez lo contiene y limita: el acuerdo arbitral.

El citado autor afirma que la raíz contractual de este mecanismo de solución de controversias es el pilar de su legitimidad, dada la inmediatez entre la voluntad del juzgado y la selección del juzgador, a la vez que su gran debilidad, en términos de su eficacia frente a terceros.

En tal sentido, resulta claro que las partes signatarias de un acuerdo arbitral están obligadas *prima facie* a cumplir sus términos. Asimismo, es claro que sus efectos, como regla general, no son proyectados sobre quienes no han sido otorgantes de tan trascendente acto jurídico. Sin embargo, la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias, cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe.⁵²

⁵¹ SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio. «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional». En *Revista Internacional de Arbitraje*. n.º 2, Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 57.

⁵² SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio. *Op. cit.*, pp. 57-58.

Sobre el particular, Silva⁵³ afirma que en este punto el principio *res inter alios acta* recibe aplicación. Por lo general, las partes vinculadas por el pacto arbitral son aquéllas que han suscrito el contrato que comprende el convenio arbitral. El problema surge cuando se pregunta si una parte que no suscribió ninguno de dichos documentos puede ser considerada como parte de un posible arbitraje. En este punto, doctrinas y jurisprudencias del mundo se encuentran divididas. La jurisprudencia francesa, por un lado, considera que si la parte que no suscribió el contrato participó activamente en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, puede concluirse que la voluntad de las partes signatarias y de la no signataria era considerar a esta última como parte del contrato y del pacto arbitral. Por consiguiente, la parte no signataria debería ser considerada por los árbitros como parte del arbitraje, siempre y cuando la participación descrita haya tenido lugar. En Suiza, por el contrario, dada su tradición de respeto del velo societario, la anterior teoría no es aplicada.

De acuerdo a lo señalado en las líneas precedentes, para poder participar en un arbitraje es necesario que las partes hayan pactado anteriormente esta posibilidad mediante el convenio arbitral (renunciando, también, de esta manera, a someter este conflicto al fuero judicial). Como ya señalamos, este convenio, aparentemente, sólo obligaría a las partes firmantes, pues al regirse por los principios y normas relativas a los contratos, se tendrá que tener especial cuidado en no desplegar sus efectos a terceros ajenos al contrato que da origen al inicio del proceso arbitral.⁵⁴

En esa línea de ideas, Jorge Santistevan⁵⁵ manifiesta que el convenio arbitral vinculará sólo a las partes, cumpliéndose el principio *res*

⁵³ SILVA ROMERO, Eduardo. «Introducción». En *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. xxiv.

⁵⁴ DEL CASTILLO, Sociré. «Extensión del convenio arbitral». En *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, n.º 15, Lima: Ediciones Caballero Bustamante, septiembre de 2009, p. 162.

⁵⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna, 2009, n.º 8, pp. 29-30.

inter alios acta en toda su magnitud, debido a que no puede incluirse en el arbitraje a aquéllos que no formaron parte de él.

Entonces podemos decir que la regla sería que el convenio arbitral rija sólo para las partes firmantes y no para algún tercero ajeno a esta relación jurídica. En consecuencia, por lo general, los agentes que participan en el arbitraje en condición de demandante y demandado son aquellas personas que han suscrito precisamente el convenio arbitral.

Sin embargo, como es común en el Derecho, toda regla tiene su excepción y determinados agentes ajenos a la controversia pueden intervenir en el arbitraje, ya sea porque pueden ser afectados jurídicamente con el laudo o porque el árbitro puede considerar que existe legítimo interés para intervenir en el proceso.⁵⁶

Actualmente, existe una serie de figuras que vienen relativizando el requisito del consentimiento al convenio arbitral, razón por la cual podemos afirmar que este criterio ya no es absoluto, y más aún con la vigencia de la nueva Ley de Arbitraje.

En efecto, si bien con regularidad las partes acceden al arbitraje en ejercicio de su autonomía privada, en la actualidad existen figuras en las que dicho sometimiento voluntario no exige necesariamente una manifestación expresa y por escrito de quién va a ser parte, estando en la posibilidad una parte de quedar vinculada al convenio sin haberlo suscrito expresamente.

El artículo 14 de la nueva Ley de Arbitraje se ha ocupado de importantes figuras que ya gozaban de relativo reconocimiento a nivel doctrinario y jurisprudencial en el arbitraje.

⁵⁶ CUBA, Enrique y Christian VIRÚ. «Extensión del Convenio Arbitral: Comentarios al artículo 14 de la nueva Ley de Arbitraje». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, agosto 2008, n.º 177, p. 49.

En opinión de Galluccio y Mori,⁵⁷ este artículo tiene como objetivo extender los efectos del convenio arbitral a quienes cuyo consentimiento de someterse al arbitraje se determina por su participación activa en el contrato que contiene el convenio arbitral y a quienes pretenden derivar algún derecho o beneficio del referido contrato.

A diferencia de la anterior legislación, actualmente se exige para la extensión del convenio arbitral el consentimiento, entendido éste no sólo por la firma del convenio arbitral, sino también por la manifestación de una conducta activa en las actuaciones y manifestaciones del contrato objeto de arbitraje; en esta misma situación estarán aquellos que exijan el cumplimiento de beneficios que deriven del contrato materia de arbitraje.⁵⁸

En ese sentido, Santistevan⁵⁹ señala acertadamente que para someter al proceso arbitral a partes no signatarias, es necesario un cuidadoso análisis sobre el caso en concreto, examinando minuciosamente las conductas desarrolladas en la negociación de los contratos para, de esta manera, determinar si existe algún consentimiento implícito que haga posible la extensión del convenio y, en consecuencia, la posibilidad de extender los efectos del laudo a estos terceros.

Es importante admitir que esta posibilidad de extender los efectos del arbitraje a terceros es bastante compleja, debido al carácter contractual del convenio arbitral. También es necesario tener en cuenta las importantes diferencias con el carácter jurisdiccional de la competencia del fuero judicial, para apreciar la dificultad existente en extender la competencia arbitral a partes no signatarias por diversas razones ya explicadas con anterioridad.⁶⁰

⁵⁷ GALLUCCIO, Tonder y Pablo MORI. *Op. cit.*, p. 196.

⁵⁸ DEL CASTILLO, Sociré. *Op. cit.*, p. 165.

⁵⁹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje». *Op. cit.*, pp. 29-30.

⁶⁰ *Ídem.*

En esa línea de pensamiento encontramos a Roque Caivano,⁶¹ quien manifiesta que en los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. En el arbitraje, en cambio, la multiplicidad de partes en una o varias relaciones jurídicas vinculadas o la multiplicidad de relaciones jurídicas aun entre dos únicas partes, plantea importantes dificultades. En buena medida, esas dificultades se presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de los árbitros.

Sobre el particular, De Trazegnies⁶² señala si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, excluyendo a los terceros involucrados pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad, y por tanto utilidad, como medio de resolución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directas e indirectas.

Asimismo, resulta oportuno señalar que el referido artículo 14 no debe ser leído como si su intención fuera introducir un tercero en el proceso arbitral, sino que ésta es una parte no signataria, a quien se incorpora al arbitraje porque de algún comportamiento suyo se desprende su aceptación del convenio arbitral.

De esta manera, hay que descartar la inclusión de figuras procesales; esta extensión a partes no signatarias debe ser entendida como

⁶¹ CAIVANO, Roque. «Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples». En *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 4, Lima: Grijley, 2007, p. 67.

⁶² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje». En *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994, n.º 29, p. 18.

producto de la aplicación de las normas relativas a los contratos, como son básicamente el consentimiento y la buena fe.

Esta incorporación al convenio no se da por la firma de ese pacto (con lo que se confirma la desformalización del requisito de que el consentimiento conste por escrito), sino por hechos diferentes que se deben interpretar como un auténtico consentimiento del cual, evidentemente, se puede confirmar la aceptación del convenio.⁶³

Ya hemos mencionado que es necesario aplicar con sumo cuidado esta posibilidad de extender el convenio arbitral y es en esa línea que el derecho comparado se ha preocupado, de alguna manera, en detallar los supuestos en los que existe esta posibilidad.

En ese sentido, el Derecho estadounidense estableció determinadas circunstancias que permitirían la participación en el proceso arbitral de un no signatario. Estos supuestos son básicamente:⁶⁴

- Incorporación por referencia: El acuerdo arbitral no sólo será entendido como un documento o intercambio de comunicaciones, sino también cuando en un contrato se haga referencia a una cláusula arbitral.
- El asentimiento tácito: Es parte de un arbitraje aquél que a partir de su conducta se entiende que ha aceptado tácitamente los efectos de un convenio arbitral del que no fue parte; así como el que no rechaza participar en un arbitraje sin ser signatario.
- La relación de agencia: De manera excepcional, analizando caso por caso, el representante de una persona será alcanzando por los efectos del convenio arbitral que celebró en nombre de su representado.

⁶³ GALLUCCIO, Tonder y Pablo MORI. *Op. cit.*, p. 198.

⁶⁴ CAIVANO, Roque. «Arbitraje y grupo de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En *Lima Arbitration*. Lima: Revista editada por el Circulo Peruano de Arbitraje, 2006, n.º 1, pp. 125-127.

- La penetración del velo societario: Implica desdeñar la personalidad jurídica de una sociedad para hacer partícipe a sus miembros en el arbitraje, siempre que se pruebe los actos fraudulentos, como cuando es controlada por otra y sólo es una pantalla de esta última (*alter ego*).
- El *Estoppel*: Consiste en someter a arbitraje a sujetos que exigen o se benefician del cumplimiento de un contrato mas no aceptan las cargas de éste como sería el convenio arbitral.
- La Interrelación: Mediante ella se obliga a un no signatario que no teniendo convenio arbitral, es parte por tener contratos interrelacionados con los que son objeto de arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, se podría considerar (en conceptos que no necesariamente compartimos) que los efectos del convenio arbitral contenido en los contratos de concesión (celebrados entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en calidad de concedente, y algún concesionario), teóricamente podrían ser susceptibles de ser extendidos a partes que, como el OSITRAN, no suscribieron expresamente el acuerdo, pero que con su conducta se llega a demostrar la aceptación y la posibilidad de que tengan intereses jurídicos inmersos en la resolución del conflicto arbitral.

Siguiendo lo establecido por el referido artículo 14 de la Ley de Arbitraje, el consentimiento de OSITRAN de someterse a arbitraje, según la buena fe, se podría determinar por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración y ejecución de los contratos de concesión que comprenden el convenio arbitral.⁶⁵

⁶⁵ Según el artículo 11.1 del Reglamento de la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, la opinión del organismo regulador se restringe a los temas tarifarios, facilidades esenciales y de calidad del servicio.

En efecto, por ejemplo, la participación activa del OSITRAN en la ejecución de los contratos de concesión resulta evidente en cláusulas como las siguientes:⁶⁶

SECCIÓN VIII: EXPLOTACIÓN DE LA CONCESIÓN

Derechos y Deberes del CONCESIONARIO

[...]

Información

8.5. Es obligación del CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR informes relativos al desarrollo de la Explotación de la Concesión. El costo de la preparación de los informes corresponderá al CONCESIONARIO y oportunamente junto con el REGULADOR convendrán en el formato más apropiado a utilizar. Sin perjuicio de la obligación de presentar otros informes mencionados en el Contrato, la información periódica básica a proporcionar por el CONCESIONARIO se sujeta a lo establecido en el Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo n.º 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.

[...]

8.9. El CONCESIONARIO someterá a consideración del REGULADOR, en un plazo no mayor de noventa (90) Días Calendario contados a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato, los proyectos de los siguientes reglamentos internos:

[...]

e) Para la atención de accidentes y emergencias.

El procedimiento de aprobación de los mencionados reglamentos internos por parte del REGULADOR se ceñirá a las disposiciones sobre la materia, siendo de aplicación, durante el proceso de aprobación de estos reglamentos, las disposiciones que ya hubiese dictado el REGULADOR sobre la materia. El CONCESIONARIO debe incorporar en la elaboración de sus reglamentos internos, los principios y regulaciones establecidas en el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, señalándose la aplicación supletoria de dicho reglamento.

⁶⁶ Tomada del Contrato de Concesión de las obras y el mantenimiento de los tramos viales del eje multimodal del amazonas norte del «Plan de acción para la integración de infraestructura regional sudamericana – IIRSA», de fecha 17 de junio de 2005.

En caso de duda o discrepancia, prevalecerá el Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN.

[...]

- 8.25.- Corresponde al CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR informes de las mediciones de flujo vehicular, respecto de cada una de las unidades de Peaje previstas en la Cláusula 8.14, cuya información y periodicidad se deberá ceñir al Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo n.º 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.
- 8.26.- Corresponde al CONCESIONARIO proporcionar al REGULADOR un informe de los flujos vehiculares auditados por el Auditor de Tráfico, cuya información y periodicidad se deberá ceñir al Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo n.º 036-2004-CD-OSITRAN, o norma que lo sustituya.
- A tal efecto, corresponderá al REGULADOR, establecer los criterios de selección de la empresa auditora a ser contratada, siendo responsabilidad del CONCESIONARIO llevar a cabo el procedimiento de selección, que se realizará cada año dentro de los dos (2) primeros meses del año a ser auditado. (El subrayado es nuestro).

No obstante lo indicado, si bien resulta evidente la participación activa del OSITRAN en la negociación, celebración, ejecución y terminación de los contratos de concesión y, como consecuencia de ello, podría (en criterio que no necesariamente compartimos) ser parte (no signataria) en un arbitraje, también cabe precisar que su participación en el arbitraje sólo podría producirse a efectos de que el tribunal arbitral resuelva controversias sobre las cuales las partes tengan libre disposición, dentro de los términos analizados en el punto 3.1.1 del presente artículo.

En otras palabras, por más que la participación del OSITRAN haya sido activa y se le apliquen las consecuencias del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, ello no implica —de modo alguno— que un tribunal arbitral pueda conocer controversias relativas al ejercicio del *ius imperii* del ente regulador, ya que la actuación del OSITRAN en dichos supuestos, es consecuencia de las facultades y funciones que la ley le otorga.

4. CONCLUSIONES

Luego del análisis legal y doctrinario desarrollado en los puntos precedentes, debemos recordar que la principal característica del Estado es el *ius imperium* que puede ejercer entre los individuos, a fin de poder alcanzar el bienestar general y que los reguladores se crean para garantizar un marco institucional de seguridad y estabilidad en las reglas de juego y la inversión.

A efectos de determinar qué decisiones del OSITRAN pueden ser materia arbitrable, se debe diferenciar los actos *ius imperii* de los actos *ius gestionis*.

La doctrina nacional y extranjera es unánime al considerar que las controversias derivadas del *ius imperium* (como, por ejemplo, la función regulatoria) no son materia arbitrable, en tanto —precisamente— no existe libre disposición sobre tales materias.

De esta manera, no es legalmente procedente someter las decisiones del OSITRAN, derivadas del ejercicio de sus atribuciones y funciones otorgadas por ley (en tanto ellas tengan carácter vinculante), al mecanismo de negociación directa y solución de controversias contemplado en los contratos de concesión, habida cuenta de que para ello existe el proceso contencioso administrativo.

En efecto, en aquellos casos en los que no se esté de acuerdo con lo resuelto por el OSITRAN, se deberá acudir al Poder Judicial, para que ejerza el control jurídico al que se hace referencia en el artículo 1 de la ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Ni el concedente ni el concesionario pueden disponer de las funciones (y de los actos administrativos que emite el OSITRAN, derivados —precisamente— de dichas funciones legales), es decir, no pueden decidir libremente sobre ellas, por lo que tampoco están en aptitud de otorgar a un tercero (el árbitro), la potestad de determinar el contenido o el alcance de las mismas.

Siguiendo lo establecido por el citado artículo 14 de la Ley de Arbitraje, el consentimiento de OSITRAN de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determinaría por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración y ejecución de los contratos de concesión que comprenden el convenio arbitral.

Lima, septiembre del 2010

EVALUACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LAS NEGLIGENCIAS
MÉDICAS Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN:
DE LAS QUEJAS, DENUNCIAS Y DEMANDAS, HACIA PÓLIZAS DE
SEGUROS Y UN SISTEMA ARBITRAL *AD-HOC*

Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz

EVALUACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LAS NEGLIGENCIAS
MÉDICAS Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN:
DE LAS QUEJAS, DENUNCIAS Y DEMANDAS, HACIA PÓLIZAS DE
SEGUROS Y UN SISTEMA ARBITRAL *AD-HOC*.

*Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz**

Sumario: 1. Introducción.— 2. La protección de la salud de los usuarios por parte de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS).— 3. La protección de los actos de consumo o de defensa del consumidor o usuario. El rol del INDECOPI.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca describir la actual problemática que ocurre en el Perú por las denuncias y quejas por presuntas negligencias médicas que habrían sido cometidas en establecimientos de salud públicos y privados, así como por el hecho de que muchos de estos casos han sido probados y acreditados ante entidades como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual —INDECOPI—, por intermedio de su Comisión de Protección al Consumidor.

La actual problemática de las negligencias médicas, busca ser solucionada con la aprobación de proyectos de ley, tanto del propio Poder

* Magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado del Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ejecutivo como de Congresistas de la República, los cuales buscan la creación de una suerte de seguro de riesgos de la actividad médica (mal llamado «SOAT médico», o Seguro Obligatorio de Accidentes de Servicios de Salud —SOASS— como lo han denominado las propias empresas de seguros).

Estas iniciativas legislativas, no toman en cuenta que las eventuales indemnizaciones por daños y perjuicios, por afectación a la vida o integridad de la persona, no se agotan con los montos máximos indemnizatorios resultantes de la ejecución de una póliza de seguro, y es allí donde surgen los conflictos jurídicos que llegan a los fueros del Poder Judicial, y eventualmente llegan al conocimiento de árbitros o tribunales arbitrales.

Para entender toda esta problemática de las pólizas seguros por actos de negligencia médica, analizamos diferentes aspectos, entre ellos, los roles y funciones de todas las entidades involucradas de una u otra forma con el tema de las negligencias médicas y las responsabilidades que de ella se derivan.

2. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS USUARIOS POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD (SEPS).

La Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS), organismo del Sector Salud, es responsable de autorizar, regular y supervisar el funcionamiento de las Entidades Privadas Prestadoras de Salud. Actualmente, esta entidad pública es responsable de supervisar la labor de las siguientes empresas privadas: Colsanitas EPS, Mapfre Perú EPS, Pacífico EPS, Persalud EPS y Rímac Internacional EPS.

Cabe señalar que la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud se crea en virtud de la Ley n.º 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, publicada el 17 de mayo de 1997, en el marco de una reforma de la Seguridad Social en Salud, por medio de la cual se buscaba el ingreso o participación de empresas privadas que

brindasen atenciones de salud como un complemento o suplemento de las labores del Seguro Social de Salud —EsSalud—.

La Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud reconocía que se debían efectuar cambios en materia de las prestaciones a cargo de la Seguridad Social en Salud, ya que ella estaba basada en principios constitucionales como el derecho al bienestar de la persona, y para ello era necesario garantizar que toda persona tiene derecho a un libre acceso a prestaciones a cargo de entidades públicas, privadas o mixtas.

El nuevo marco propuesto por la Ley n.º 26790 considera que todo servicio de salud debe tener presente los principios de equidad, solidaridad, eficiencia y facilidad de acceso a los servicios de salud. De estos principios debe resaltar el de eficiencia, ya que está muy asociado a la calidad, que sería deficiente un servicio médico que generase daños a los usuarios por comisión de un acto de negligencia médica.

Cuando se aprobó la Ley n.º 26790, lo que el Estado buscaba era la promoción del ingreso de capitales privados para incorporarse a los sistemas de previsión para la salud, y que de esta manera se generase competencia con los servicios que venía brindando el Instituto Peruano de Seguridad Social —IPSS—, el cual luego fue reemplazado por EsSalud.

Teniendo en cuenta que se promovía el ingreso de privados a brindar servicios de seguridad social de salud, se dispuso la creación de la SEPS como el organismo público descentralizado especializado dentro del Sector Salud.

Las funciones principales de la SEPS están asociadas a la autorización, regulación y supervisión de los privados que participen en el mercado de la seguridad social de salud, es decir, las Entidades Prestadoras de Salud (en adelante, EPS). Se busca que estas empresas que ingresan a este mercado de manejo o administración de los riesgos de salud de sus asegurados, manejen correctamente los fondos que son

captados del público, es decir, las aportaciones dinerarias que cada mes realizan.

Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe indicar que entre las funciones de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, también se comprende el registro y supervisión de las Clínicas, Hospitales, Policlínicos, Centros Médicos, Institutos, Consultorios, Servicios Médicos de Apoyo y Servicios de Atención Domiciliaria. La razón de ser de esta función, es que estas entidades les prestan servicios (una suerte de tercerización) a los asegurados de las EPS.

Para los usuarios de las EPS, es de suma importancia que se respete su derecho a la salud, no sólo en el componente de acceso y disponibilidad, sino sobre todo en cuanto a la calidad de los servicios que se brindan, y es allí donde podemos encontrar que si en el mercado peruano existen negligencias médicas, no es una garantía para los usuarios que eso no vaya a ocurrir en cualquier establecimiento, público o privado, independientemente de si los costos de la atención son asumidos por el propio usuario o por un seguro particular como ocurre en el caso de los afiliados a las EPS.

Considerando que en materia de salud existen riesgos para la salud de las personas, así como potenciales vulneraciones a derechos de los usuarios, la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud tiene entre sus funciones el registro y supervisión de las clínicas, hospitales, policlínicos, centros médicos, institutos, consultorios, servicios médicos de apoyo, y servicios de atención domiciliaria. La razón de ser de esta función, es que estas entidades les prestan servicios (una suerte de tercerización) a los asegurados de las EPS, es decir, que estas últimas no actúan o brindan servicios directamente a sus usuarios afiliados.

Cabe señalar que los servicios de salud a cargo (directa o indirectamente) de las EPS, siempre son un riesgo en cuanto a la calidad (representada por las altas exigencias o requisitos para que la prestación sea adecuada) y la disponibilidad continua y casi inmediata; es decir, la

respuesta que todo usuario necesita. Por estas razones es que la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud cuenta con dos importantes órganos técnicos de línea:

- Intendencia de Regulación y Desarrollo, y
- Intendencia de Supervisión, Autorización y Registro.

En el caso de la Intendencia de Regulación y Desarrollo, dicho órgano es responsable de desarrollar y proponer el marco normativo bajo el cual realizarán sus labores las EPS, Entidades que prestan Servicios de Salud Prepagados y Entidades de Salud con Regímenes Especiales. Es responsabilidad de este órgano fijar las condiciones técnicas bajo las cuales se cumplirán y ejecutarán las prestaciones de servicios de salud de los asegurados.

Para asegurar la calidad, y de esta forma prevenir la comisión de negligencias médicas, es necesario que la Intendencia de Regulación y Desarrollo elabore estudios técnicos que detecten las fallas o mayores riesgos en las atenciones de salud, y se contribuya al perfeccionamiento de las atenciones mediante, por ejemplo, protocolos de atención de salud o manuales a ser de obligatorio cumplimiento por los prestadores de los servicios de salud.

Otro tema importante a cargo de la Intendencia de Regulación es el referido a la generación de información estadística como un tema de suma importancia para asegurar que el sistema de seguridad social de salud se perfeccione. Una importante fuente de información serían los casos de negligencias médicas cometidos en algún establecimiento público o privado, que a su vez le preste servicios a las EPS. Para la prevención de negligencias médicas, incluso es de suma importancia que esas estadísticas sean publicitadas.

La Intendencia de Regulación, además, debería tomar en cuenta la información de lo que viene ocurriendo en todo el sistema de salud, público y privado del país, sin considerar sólo los casos de los usuarios

afiliados a una EPS que sufrieron una negligencia médica. Esta información evaluada a nivel nacional sería de mucha utilidad, ya que se tendría una estadística de los errores o negligencias médicas que se cometen, y con esa información las EPS evitarían subcontratar a determinados establecimientos de salud, públicos o privados con malos antecedentes.

La información estadística que viene elaborando y difundiendo la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, viene siendo organizada por los siguientes temas:

- EPS Autorizadas y sus entidades vinculadas.
- Afiliaciones al sistema.
- Aportes y gastos en prestaciones en el sistema de EPS.
- Prestaciones en el sistema de EPS.
- Estados Financieros de las EPS.
- Reclamos.
- Indicadores económicos financieros.
- Actividades de Supervisión.

Desde el punto de vista de las atenciones de salud y negligencias médicas, la información estadística más importante serían las quejas o reclamos (tanto administrativos como de atención de salud), y los resultados de las actividades de supervisión que realiza la Superintendencia respecto de las EPS y los establecimientos de salud que brindan los servicios.

Complementando la labor de la Intendencia de Regulación y Desarrollo, tenemos el trabajo a cargo de la Intendencia de Supervisión, Autorización y Registro. En el caso de la primera intendencia señalábamos que ella levantaba la información, y en base a ella proponía las normas que las empresas o establecimientos de salud necesitaban; en

el caso de esta segunda Intendencia, podemos afirmar que ella realiza una labor principalmente operativa o de campo, ya que tiene a su cargo la supervisión y la fiscalización del desempeño de los siguientes actores:

- Las Entidades Prestadoras de Salud.
- Las Entidades que prestan Servicios de Salud Prepagados.
- Las Entidades de Salud con Regímenes Especiales.

La principal labor que tiene asignada la Intendencia de Supervisión, Autorización y Registro, no sólo pasa por llevar un registro de las autorizaciones de organización y funcionamiento de las EPS, sino que debe realizar las siguientes acciones:

- Supervisión del cumplimiento de las obligaciones contraídas en los contratos suscritos por las EPS, independientemente de si actúan directamente o por intermedio de terceros contratados;
- Brindar atención a todas las quejas que presenten los asegurados; y
- Evaluar y sancionar los incumplimientos de las EPS.

Independientemente de las sanciones administrativas que imponga la Intendencia de Supervisión, Autorización y Registro a las EPS, lo importante para la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de salud, es que se atiendan sus quejas, y en caso de haber afectado su integridad como persona, salud o vida, se cumpla con la correspondiente indemnización. Por estas razones es que la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud cuenta con un Centro de Conciliación y Arbitraje para resolver cualquier problema que se presente en el Sistema de Seguridad Social de Salud, a través de mecanismos alternativos de solución de controversias, sea la conciliación o el arbitraje.

Al considerarse mecanismos alternativos de solución de conflictos, como es el caso de la conciliación y el arbitraje, la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud busca que no se afecte al sistema de Seguridad Social de Salud con casos que sean resueltos fuera del sistema por medio de demandas ante el Poder Judicial. Se busca una suerte de especialización en el tema, y es por ello que podemos afirmar que ante dicho Centro de Conciliación y Arbitraje se tratará la materia especializada de las negligencias médicas, así como otros incumplimientos de las EPS que generen responsabilidad frente a los usuarios afiliados.

La primera medida que toma la Superintendencia es establecer un procedimiento de reclamo en primera instancia ante la propia EPS, la cual puede incluir un aspecto de negligencia médica. Un punto a resaltar del procedimiento es que la EPS está obligada a no rechazar el reclamo por las razones de deficiencias formales, falta de pruebas, o ausencia de peritajes, de esta forma se busca proteger ampliamente los derechos de los usuarios, y se dará atención al reclamo bajo estas condiciones.

La carga procesal estará a cargo de la propia EPS, es ella la responsable en primera instancia de resolver el reclamo, y para ello deberá levantar todos los medios probatorios que le sean necesarios para sustentar o motivar su decisión. Será de responsabilidad de la EPS realizar la investigación sumaria para encontrar la verdad material de los hechos y de esta forma solucionar el reclamo.

Para que la EPS pueda tomar una decisión, no sólo bastaría con un informe de los hallazgos como resultado de la investigación sumaria, también es factible que como medios probatorios se citen a testigos y que se nombren peritos médicos. Es un derecho del usuario el poder solicitar que la EPS contrate peritos, o sea la propia EPS la que de oficio lo incluya en su investigación. Los resultados de los peritajes son expuestos y sustentados en audiencia, y en ella las partes puedan observar sus conclusiones, de esta forma se ejerce el derecho de defensa y se respeta el debido proceso.

La decisión de la EPS es notificada al usuario, quien puede evaluar el Informe del Resultado del Reclamo y decidir si recurre en el plazo máximo de veinte (20) días útiles contados a partir de la notificación, elevándose lo actuado al Centro de Conciliación y Arbitraje de la SEPS, la decisión pondría fin definitivamente a la controversia.

Debe tenerse en cuenta que los reclamos están asociados a la calidad del servicio y, eventualmente, a la vulneración de derechos del usuario del servicio de salud, por lo que lo ideal sería que no quede ninguna duda sobre el servicio prestado, y si ha ocurrido un incumplimiento que ha generado un daño a la persona, ello sea resarcido.

Lo que sí debemos cuestionar del sistema de reclamo, es que para acceder al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia, sí se tiene que asumir los costos, es decir que para cuestionar la decisión de una EPS es necesario que el usuario asuma el pago del servicio del centro, consideramos que si se busca proteger los derechos de los usuarios, en especial los derechos a su salud, integridad y vida, el condicionamiento económico es un limitante, más aún cuando *no ha existido formalmente una segunda instancia administrativa*, como podría ser la Intendencia General, y se opta por los mecanismos de solución de controversias mediante el mecanismo de la conciliación y el fuero arbitral.

Respecto a la falta de una segunda instancia administrativa para resolver los reclamos de un usuario de un servicio público de seguro de asistencia médica, creemos que esta situación debe de cambiar, ya que la decisión administrativa, asociada al interés público, no puede basarse en lo que señale la propia EPS que es cuestionada ni en lo que afirme el establecimiento de salud que prestó el servicio público de salud por prestador privado.

Cabe señalar que la solución de la conciliación dependería de la voluntad de todas las partes involucradas en la controversia, lo que puede ser muy difícil; en cambio, la solución arbitral sería la decisión de los árbitros quienes resolverían en función de las pruebas presenta-

das por la propia EPS y las que aporte el usuario. Con la solución arbitral se evitaría recurrir a una instancia judicial salvo para cuestionar excepcionalmente el laudo arbitral.

Debemos indicar que en el procedimiento de reclamo ante la EPS, dicha entidad cuenta con los recursos y conocimientos, y ello le permite estar en mejores condiciones para contratar a los peritos médicos, a diferencia del usuario de los servicios de salud o de sus familiares. Es necesario que otra instancia evalúe la decisión de la EPS como, por ejemplo, ocurre en el caso de las reclamaciones en los servicios públicos de electricidad, agua o telecomunicaciones. En ellos la primera instancia es la propia empresa prestadora del servicio, pero en segunda instancia interviene la autoridad administrativa y contra dicha decisión, eventualmente, se puede recurrir a la acción contencioso administrativa.

El Sistema de Seguridad Social de Salud creado por la Ley n.º 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, y el rol asignado tanto a las EPS como a la propia Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, es un punto de partida para la protección de los derechos de los usuarios de los servicios, pero debe ser mejorado, sobre todo teniendo en cuenta que en la realización de las atenciones de salud pueden incurrir en errores que consumen una negligencia médica en la realización del acto o intervención médica. Por estas razones, creemos que dado el marco jurídico vigente, una EPS podría pasar por alto una negligencia médica cometida, sin perjuicio de resaltar que dicha entidad es juez y parte en la primera y única instancia administrativa, ya que lo que ella decida en contra del usuario sólo podría ser discutido en un laudo arbitral.

Tal y como ha sido planteado el sistema de reclamaciones de las EPS, el usuario tiene limitado su derecho de defensa, ya que el acceso a la información sobre la atención médica y las eventuales negligencias médicas que pueda cometer algún galeno, es muy complicado y difícil de entender, y es por ello que debe contarse con la asistencia, no sólo legal sino de médicos y auditores médicos, cuyo costo no puede ni

debe ser asumido por el usuario. Por citar sólo un ejemplo, en el caso de los servicios que brinda el Seguro Social de Salud —EsSalud—, las quejas o reclamos son tramitados ante la Defensoría del Asegurado, órgano de la propia entidad, y dichas investigaciones no necesariamente vinculan a la entidad si es que reconocen un daño, o en todo caso, si dichos órganos estiman que no ha existido negligencia médica y, por lo tanto, no ha ocurrido un daño o afectación.

Con la aprobación (en abril del 2009) de la Ley n.º 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, la SEPS pasa a denominarse Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, y debe garantizar el acceso de la población al aseguramiento universal en salud, en condiciones adecuadas de eficiencia, equidad, oportunidad, calidad y dignidad, cumpliendo el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS). Con estos cambios, su ámbito de actuación crecerá a nivel nacional y comprenderá a un mayor número de usuarios.

Bajo este nuevo marco legal, la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud tendrá que adecuar sus acciones y poner una mayor cuidado en las atenciones de salud, ya que su ámbito de aplicación será a nivel nacional y comprenderá a toda persona que cuente con un seguro de atenciones de salud, sean públicos o privados, incluyendo los casos de afiliados atendidos en las redes y micro redes del Seguro Social de Salud —EsSalud—.

Cabe señalar que en principio la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, debe contar también con el apoyo de las entidades responsables del aseguramiento, entre ellas las propias empresas o compañías de seguro, así como el propio Seguro Integral de Salud —SIS— cuando se incorpore al sistema (al ser la responsable del reintegro de las atenciones de salud en el sector público por planes subsidiados y semi subsidiados).

La Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, independientemente de realizar acciones en torno al aseguramiento universal, está en condiciones de crear mecanismos para prevenir las ne-

gligencias médicas, para ello debe monitorear los servicios de los establecimientos de salud contratados por las empresas o entidades aseguradoras. Si en su momento se registran y procesan las quejas de los usuarios de los servicios de salud, se pueden corregir malas prácticas y evitar mayores incumplimientos a las normas del Sector Salud que originen daños a la salud, integridad y vida de los usuarios.

En el sistema administrado por la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, deberá tenerse presente que los daños a los usuarios pueden ocurrir, y que para ello será necesario contar con un mecanismo eficiente para la solución de conflictos o controversias por indemnización de daños y perjuicios, y una excelente alternativa es el arbitraje de las negligencias médicas, que puede ser de derecho o de conciencia, de esta forma se evitarían largos procesos judiciales que afectarían los derechos de los usuarios de los servicios de salud o de sus familiares.

Considerando lo difícil que es demostrar una negligencia médica, el sistema de arbitraje de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud, debería considerar los plazos de prescripción similares a los establecidos en el Código Civil, para que se puedan ejercer las acciones civiles de responsabilidad contractual derivada de la deficiente o negligente atención de salud. Las indemnizaciones civiles por daños y perjuicios derivados de errores de los establecimientos de salud no están señaladas en los procedimientos de reclamos, y ello, eventualmente, sería discutido en la vía arbitral o en la judicial, para lo cual debe evaluarse el contrato de afiliación y los alcances de la póliza.

Por lo expresado, entendemos que el rol de la Superintendencia es muy difícil, ya que el marco jurídico no es el más adecuado, pues la propia empresa aseguradora es la primera instancia; y la segunda instancia en materia de reclamos, es el sistema de conciliación y arbitraje. Adicionalmente, el ordenamiento jurídico de las EPS no ha dispuesto que los costos del arbitraje sean asumidos por la Superintendencia o la empresa aseguradora si es que ella pierde. No se considera que sea muy costoso para el afiliado asumir estos gastos.

Los casos de negligencias médicas pueden cometerse en el marco de una relación de seguro de atención de salud, y es por ello que se deben evaluar mecanismos idóneos de protección de los derechos de los usuarios de estos servicios, ya que de por medio está el rol protector que debe cumplir cada una de las EPS y la propia Superintendencia.

Independientemente de las autorizaciones administrativas para la prestación de un servicio público de aseguramiento en salud, se debe tener presente que existen riesgos, y uno de ellos es la negligencia médica, la cual está asociada a la vulneración de los derechos humanos a la vida, integridad de la persona y salud. Por ello, se debe considerar el derecho a la indemnización y reparación de los daños que se puedan causar.

Por último, y sin dejar de ser importante, se debe tener presente que las negligencias médicas deben ser probadas y para ello son necesarios las auditorías médicas o informes médicos, como los principales medios de prueba.

La Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud debe tener en cuenta que estos medios probatorios son costosos, y es por ello que debe facilitarle al usuario el acceso a los servicios de auditorías médicas o informes médicos, que le permitan cautelar sus derechos. La Superintendencia incluso debe tener la obligación de emitir una auditoría médica, la cual debe ser puesta a disposición del usuario o sus familiares.

3. LA PROTECCIÓN DE LOS ACTOS DE CONSUMO O DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR O USUARIO. EL ROL DEL INDECOPI.

Teniendo en cuenta que en el sistema de salud público muchas veces existen diversos problemas o deficiencias, muchas personas deciden ser usuarios particulares de servicios privados de salud, los cuales libremente puede contratar con sus propios recursos económicos o re-

curriendo a una póliza de seguros privada. En estos casos estamos frente a una relación comercial, es decir, un servicio privado oneroso dirigido a un usuario final.

En el Perú, el organismo nacional responsable de cautelar los derechos de los consumidores o usuarios finales de bienes o servicios, es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual —INDECOPI—, entidad que cuenta con la Comisión de Protección al Consumidor (CPC) como órgano responsable de atender las denuncias por infracción a las disposiciones contenidas en la Ley de Protección al Consumidor. Dentro de sus competencias puede imponer sanciones y medidas correctivas establecidas en ella, salvo que su autoridad sea negada por norma expresa con rango de ley (es decir, que las competencias del INDECOPI podrían subsistir con las competencias de otras entidades, salvo que expresamente se diga lo contrario).

Dentro de sus casos, en materia de atenciones privadas de salud, la Comisión de Protección al Consumidor ha intervenido principalmente ante denuncias en contra de ofertantes del sector privado (clínicas, centros médicos o médicos particulares), pero también tiene registrado casos y algunas sanciones a establecimientos públicos de salud en la medida que el usuario haya pagado por una *operación comercial* en dicho establecimiento. Algunos de los casos tramitados ante al INDECOPI (no todos) han estado vinculados a presuntas negligencias médicas.

Según el TUPA del INDECOPI, el plazo legal de un procedimiento ante la Comisión de Protección al Consumidor es de 120 días hábiles (más o menos seis meses calendario); pero, puede durar en promedio 14 meses o más (algunos casos llegan incluso a los 18 meses).

La demora en resolver las causas planteadas se puede deber a que la Comisión de Protección al Consumidor no sólo atiende quejas o denuncias vinculadas con servicios o atenciones de salud, sino que es la autoridad nacional competente para toda denuncia por vulneración

de las normas de protección al consumidor. Así, por ejemplo, podemos citar las quejas contra entidades bancarias o financieras por tarjetas de crédito, débito o por créditos hipotecarios, así como quejas contra empresas constructoras, tiendas por departamentos, hoteles, restaurantes, entre otras empresas comerciales.

Considerando la complejidad de las denuncias por negligencias médicas, debería existir una Comisión de Protección a los Usuarios de los Servicios de Salud, la cual no sólo estaría especializada en estos temas, sino que también podría actuar por denuncias de parte o acciones de oficio que se pudiese iniciar por mandato legal. Cabe señalar que en la actualidad la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI está facultada para iniciar acciones de oficio, pero dada su recargada labor, no ha podido ejercer todas las acciones que quisiera realizar, ya que no tendría capacidad de respuesta operativa para ello.

También debemos señalar, que en los procedimientos de protección al consumidor, la ley vigente (tanto el Decreto Supremo n.º 039-2000-ITINCI por el cual se aprobó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 716, Ley de Protección al Consumidor, como el Decreto Legislativo n.º 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, y el Decreto Supremo n.º 006-2009-PCM por el cual se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor), establecen que como regla esencial que la *carga de la prueba es del denunciado*, con lo cual se deberían de proteger los derechos de los denunciantes.

Considerando que la afectación de los intereses de los consumidores, en el caso de los servicios de salud, está asociada muchas veces a la *comisión de actos de negligencia médica*, en las denuncias se debe acreditar que ha existido una acción o acto que a criterio del denunciante es calificado como de *negligencia médica*, y corresponderá a la parte denunciada probar que el servicio prestado fue idóneo y que se cumplieron con todas las exigencias y seguridades y cuidados mínimos necesarios y razonables.

No obstante las reglas probatorias especiales del proceso de protección al consumidor, en muchos de los casos que son objeto de denuncia, los denunciantes se ven obligados muchas veces a contratar peritos médicos o incluso médicos especialistas para que emitan informes periciales que determinen con claridad la totalidad de los hechos asociados a la negligencia médica cometida; incluso para poder estar en capacidad de formular la denuncia de parte, es recomendable contar con la asistencia de un peritaje médico que le permite establecer con certeza los hechos en los que sustentará su pedido ante el INDECOPI y, sobre todo, las normas de salud incumplidas.

La necesidad de que la parte denunciante tenga que contar con peritos médicos, se debe a que la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI no necesariamente puede ordenar la realización de peritajes médicos de oficio (no está obligada a ello), y ello puede deberse a muchas razones. Por ejemplo, el no considerar que el caso es complejo, o no tener los recursos económicos para contratar el peritaje de oficio, o en el peor de los casos, serle difícil a la autoridad conseguir una relación de nombres de peritos médicos que puedan actuar en el procedimiento iniciado de oficio.

No obstante las actuales debilidades del sistema de protección al consumidor, en materia de protección de los derechos de los usuarios de los servicios de salud como resultado de una relación de consumo, las decisiones de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI y de la Sala de Defensa de la Competencia, han contribuido a tener clara una casuística de negligencias médicas. Esta jurisprudencia le sirve a los propios denunciantes para tomar como base los casos resueltos y sancionados, a fin de invocar la defensa de sus derechos.

La casuística que ha venido desarrollando, sobre todo, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, pone en evidencia qué conductas pueden ser consideradas como vulneratorias de los derechos de los usuarios, y en ellas se pueden encontrar supuestos de negligencia médica con daño a la salud, integridad o vida de las personas.

La casuística también está asociada a derechos que la Ley de Protección al Consumidor reconoce.

Si bien son muchos los derechos que se pueden invocar como vulnerados como consecuencia de un acto médico en el cual se ha actuado con negligencia, los más recurrentes son los de *falta de información, y servicio idóneo o carente de calidad*.

La Ley de Protección al Consumidor, reconoce el derecho a recibir de los proveedores toda la *información necesaria* para tomar una decisión. Dentro del marco de ese derecho, los usuarios de los servicios de salud tienen derecho a conocer todo lo vinculado con el acto o actos médicos que se le practicarán como consecuencia de los servicios médicos que está contratando (por ejemplo, una intervención quirúrgica o microcirugía supone una afectación del cuerpo humano y también invasión a la intimidad de la persona, por lo tanto, requiere de su permiso).

Teniendo en cuenta que muchos de los actos médicos son complejos y suponen riesgos, es correcto afirmar que el consumidor o usuario debe recibir toda la información posible, la cual le proporcionará, en principio, la tranquilidad de que su vida, integridad y salud estarán siendo protegidas en todo momento por los profesionales de la salud que intervengan en el acto médico, evitando cual impericia o mala praxis médica.

Si llega a ocurrir una negligencia médica, el usuario o sus familiares, tienen todo el derecho a ser informados de que se ha cometido una negligencia o impericia médica (esto en la mayoría de los casos no ocurre (ello se debe a que el médico, clínica u hospital, no necesariamente reconocerá el daño causado y ello tendrá que probarse). El denunciante tendrá que señalar en qué momento la realización de algún acto médico fue dañino para la persona o vulneratorio de sus derechos.

Si ponemos como ejemplo el caso de una persona que es internada durante varios días en una clínica, durante su permanencia, la clínica

está obligada a mantener informados a los familiares sobre la evolución de la salud del paciente, y ello implica que está obligada a brindar todo tipo de información solicitada (y considerada necesaria) por los familiares del paciente.

El deber de información supone que no pueden llevarse a cabo actos de condicionamiento, dilatación o demora. Todo requerimiento de información debe ser contestado a la brevedad posible. El médico o el establecimiento de salud y su personal, deben estar a disposición del paciente o sus familiares para cualquier nueva pregunta o pedido de precisión o aclaración.

La obligación o deber de brindar información también supone que los familiares del paciente tengan acceso a los informes o registros del personal de salud (médico, enfermería y técnicas), con la finalidad de tomar conocimiento de todas las acciones o inacciones vinculadas con la salud del paciente durante el período de internamiento en la clínica.

Un punto importante del deber de entrega de la información, es que el usuario del servicio de salud o sus familiares, podrían solicitar el apoyo o asistencia de un médico que no labore o preste servicios en la clínica, esto muchas veces genera determinados problemas con el establecimiento de salud privado ya que «levanta una suerte» de barrera de acceso o ingreso de otros médicos, pero debemos tener presente que el deber de información busca asegurar el derecho a acceder a la información y, teniendo en cuenta que la información médica es muy compleja por su propio lenguaje y tecnicismos, es correcto afirmar que el usuario o los familiares tienen derecho a la «segunda opinión» o a una mayor explicación por un médico imparcial ajeno al establecimiento de salud.

El deber de información también supone, la obligación de entregar toda la información sobre el estado de salud del paciente o usuario, es decir, que se debe entregar la historia clínica completa, sin omitir ninguna de sus hojas. Por ello se entiende que en ella estarán no sólo las anotaciones de los médicos y sus visitas diarias, sino también las

notas de enfermería, así como todos los análisis clínicos practicados y medicamentos administrados o aplicados al paciente, y sus reacciones.

Para garantizar el deber de información, un importante medio documental es la Hoja de Alta Médica, en donde, por ejemplo, se debe señalar o informar a los familiares, el pronóstico del paciente, e incluso se debe señalar si se trató de una Alta Médica ordenada por los médicos o condicionada a solicitud de los familiares.

En este segundo caso, con mayor razón se le debe informar a los familiares sobre los riesgos a la salud que supone una alta médica, es decir, que se debe cumplir con informarles y solicitarles la firma en señal de aceptación de las responsabilidades. En caso contrario, nos encontraremos frente a una Alta Médica normal, sin condiciones, la cual podría ser considerada una grave negligencia, en vista de que no se le informó ni a los familiares ni al paciente, sobre los riesgos de dicho acto. Este ejemplo nos demuestra que el deber de información debe cumplirse en todo momento, sin importar la gravedad de los hechos, ya que en esos casos, con mayor razón, los profesionales de la salud están obligados a cumplir con dicho deber, no sólo por normas legales sino por normas éticas.

Si por omitir la entrega de información a los usuarios, o por ocultar un hecho, ello agrava la salud del paciente, no sólo se está cometiendo una falta ética, sino que también se estaría generando un mayor daño a la persona. Las consecuencias dañinas del ocultamiento de información respecto de la salud del paciente, deben ser asumidos económicamente por el médico que ocultó estos hechos o incluso por el propio establecimiento de salud.

El cumplimiento del deber de información, también comprende el no trasladar al público en general información incompleta e inexacta sobre los servicios que se brindan. Los establecimientos de salud son responsables de toda la publicidad o trípticos informativos que entrega a sus potenciales clientes, ya que al momento de solicitar la atención médica, esa información habrá influido en el usuario o en sus

familiares para escoger determinada clínica o determinado médico. Si durante la relación de consumo, o al terminar ella, se determina que los servicios que se ofertaban no eran los que se habían prometido, y si estas deficiencias de lo prometido con lo brindado, han influido en el daño a la salud del paciente, estamos no sólo ante un incumplimiento del deber de informar con veracidad, sino también al hecho de que hay un daño que debe ser reparado.

Un establecimiento de salud, al no poder brindar los servicios prometidos por no estar en aptitud, posibilidades técnicas ni humanas de brindarlo, se puede concluir que generó riesgos y llevó a cabo conductas que pudo prever, y que ellas han sido condicionantes para el daño a la vida y salud de la persona.

El deber de información es respecto de todo hecho ocurrido y que afecte la salud del paciente; estos hechos pueden ocurrir en cualquier momento de la atención las 24 horas, es decir, sea en el turno noche y madrugada, como en durante la mañana y tarde.

Al amparo del deber de información, el usuario o sus familiares también tendrían derecho a solicitar el informe médico de auditoría interna del propio establecimiento de salud. Ello muchas veces no se logra ya que se puede aducir que es un documento reservado de uso interno, lo que es erróneo, ya que el deber de información, en principio, está asociado a la salud, vida e integridad del usuario del servicio, y en las hojas de los informes médicos de auditoría interna se anota información de fiscalización o control de la historia clínica, documento al cual el paciente o sus familiares tienen acceso. Cabe señalar que en caso de una acción civil que se pueda plantear contra el establecimiento de salud por indemnización de los daños y perjuicios, el informe médico de auditoría interna y la historia clínica son pruebas fundamentales, por lo que también al amparo del derecho constitucional de la defensa, el paciente y/o sus familiares tienen derecho a acceder a dichos documentos e informarse de su contenido.

En cumplimiento del deber de información, los establecimientos de salud también tendrían la obligación de informar a los usuarios y sus familiares, el staff de médicos con que cuenta, así como el correcto equipamiento de su Unidad de Cuidados Intensivos, Servicio de Emergencia, y, en general, todo tema que sea de preocupación de un consumidor debidamente informado.

A fin de prevenir la comisión de negligencias médicas, todo usuario también tendría el derecho de solicitarle al establecimiento de salud, información sobre si ha sido o no sancionado alguna vez por alguna autoridad administrativa o judicial por la comisión de alguna negligencia médica o por la infracción de alguna de las normas de protección al consumidor o vulneración de los derechos reconocidos en la Ley General de Salud y normas complementarias o conexas.

En los Lineamientos de Protección al Consumidor, el INDECOPI, al referirse a qué información deben brindar los profesionales y las entidades encargadas de prestar servicios de salud a los consumidores, ha señalado que los profesionales y entidades encargadas de brindar los servicios de salud están obligadas a informar a los pacientes cuáles son los resultados obtenidos en los exámenes que se le practican, cuál es el tratamiento adecuado que se debe realizar y en qué consiste y por qué se le aplica dicho tratamiento.

Asimismo, la Sala del INDECOPI ha establecido que tanto las historias clínicas como los informes médicos contienen información que no necesariamente tiene que ser brindada directamente al consumidor, con lo cual cabe la interpretación de que —indirectamente— sí se debe cumplir con la entrega de la información, y éste es el caso de la historia clínica.

Es práctica común que el médico tratante brinde a sus pacientes y/o a sus familiares información relevante acerca del tratamiento, diagnóstico y evolución del paciente, quedando en la historia clínica los detalles de tal información. Por ello, en caso de que el consumidor solicite o desee mayor información sobre el paciente, la historia clíni-

ca, los informes médicos y mayor información, deben estar a su disposición para los fines que el consumidor considere pertinentes. Considerando una efectiva protección a los derechos de los usuarios de los servicios de la salud, una persona afectada por una negligencia médica necesitará contar con toda la información de la historia clínica para que la evalúen sus abogados y peritos médicos. En caso de haberse omitido información, ello será de responsabilidad del establecimiento de salud.

Desarrollando aún más el tema del deber de información, en la Resolución Final n.º 343-2006-CPC de 28 de febrero de 2006, expediente n.º 794-2005-CPC (caso seguido por la señora Silvia Rosa Pérez Huamán contra Clínica San Felipe S.A. y Juan Pablo Majluf Brahim), la Comisión de Protección al Consumidor ha señalado que el servicio médico no sólo responde al tratamiento brindado a un paciente y las acciones para mejorar su condición, sino también a la obligación de los prestadores médicos a brindar información respecto de tales condiciones, la cual debe ser prestada mientras se encuentra brindando el servicio médico.

Tomando como punto de partida la Resolución Final n.º 343-2006-CPC, podemos afirmar por ejemplo, que si durante un periodo de internamiento en un hospital o una clínica, el usuario o sus familiares presentan quejas o reclamos, los cuales incluso pueden estar expresados y registrados en cartas notariales, ello representa la prueba de que se ha incumplido con el deber de información.

El cumplimiento del deber de información incluso no puede estar condicionado a que los familiares cumplan con el pago de la deuda por la o las atenciones de salud, ni mucho menos a la entrega de garantías o algún otro condicionamiento o acción. El respecto al deber de informar debe ser irrestricto.

La aplicación de medicamentos y sus efectos secundarios, adversos o contraindicaciones, deben también ser informados al paciente y/o sus familiares, ya que en estos casos se puede exponer a graves riesgos la vida y salud del paciente. Un ejemplo de la importancia del deber de

información es cuando una persona ha tenido antecedentes médicos en los cuales se han registrado problemas con determinado tipo de medicamentos, los familiares o el propio usuario lo informan a los médicos para que lo tomen en cuenta y busquen alternativas farmacéuticas a ser administradas.

Con relación a la aplicación de medicamentos, incluso podemos señalar que todo ello debe estar anotado o registrado en la historia clínica como parte del deber de información, como por ejemplo, las reacciones adversas en la salud del paciente. Si en algún momento, los médicos, dada la emergencia o gravedad, optaron aplicar medicamentos a los cuales el paciente era alérgico, deben informar a los familiares la extrema necesidad de haberlos administrado, y ello estar debidamente sustentado en la historia clínica.

Respecto al *derecho a la idoneidad y calidad del servicio*, el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor, el proveedor del servicio es responsable de garantizar un servicio idóneo y adecuado a las necesidades de los usuarios. La idoneidad y calidad del servicio están asociadas a todos los actos realizados, así como las omisiones o inacciones del personal de salud.

Un informe médico de auditoría, interna o externa, puede determinar, luego de la evaluación de la historia clínica, si es que la calidad fue o no la adecuada, y estas conclusiones se pueden derivar, por ejemplo, de la evaluación de múltiples descuidos.

Existen múltiples ejemplos de deficiencias en la calidad de la atención, como, por ejemplo, sería el caso de que el establecimiento de salud no llame al médico tratante, que el médico de guardia no suba a ver al paciente, la administración irracional de medicamentos, la sobredosis de medicamentos, o incluso la falta de seguimiento de los efectos de la administración de medicamentos riesgosos.

Debe tenerse en cuenta el precedente de la Resolución n.º 085-96-TDC del 13 de noviembre de 1996, en el cual se estableció lo siguiente:

- a) De acuerdo a lo establecido en la primera parte del artículo 8 del Decreto Legislativo n.º 716, se presume que todo proveedor ofrece como una garantía implícita, que el bien o servicio materia de la transacción comercial con el consumidor es idóneo para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren éstos en el mercado, según lo que esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados, lo que comprende el plazo de duración razonablemente previsible de los bienes vendidos. Sin embargo, si las condiciones y términos puestos en conocimiento del consumidor o que hubieran sido conocibles usando la diligencia ordinaria por parte de éste, contenidos en los documentos, envases, boletas, recibos, garantías o demás instrumentos a través de los cuales se informa al consumidor excluyen o limitan de manera expresa los alcances de la garantía implícita, estas exclusiones o limitaciones serán oponibles a los consumidores.
- b) La carga de la prueba sobre la idoneidad del producto corresponde al proveedor del mismo. Dicha prueba no implica necesariamente determinar con precisión el origen o causa real de un defecto, sino simplemente que éste no es atribuible a causas imputables a la fabricación, comercialización o manipuleo.

En la Resolución Final n.º 1321-2006/CPC del expediente n.º 228-2006/CPC, referido a un caso de servicios médicos prestados en una clínica, se ha tomado en cuenta el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Sala de Defensa de la Competencia mediante la Resolución n.º 085-96-TDC que precisó que el artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor contiene la presunción de que todo proveedor ofrece una garantía implícita por los productos o servicios que comercializa, los cuales deben resultar idóneos para los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquieren en el mercado. Bajo el lineamiento del precedente administrativo, se interpreta que un servicio es idóneo cuando, para el parámetro del consumidor razonable, se considera que sí se han cumplido con las condiciones razonables y esperadas respecto de los productos o servicios adquiridos o contratados.

Toda persona que lleva a un familiar a un establecimiento de salud, especialmente uno privado con una buena infraestructura y equi-

pos, y años en el mercado, espera encontrar una idónea atención y personal especializado dispuesto a solucionar y atender cualquier necesidad del paciente (sea por cardiología, neumología, geriatría o neurología), e incluso espera que la aplicación de los medicamentos sea la adecuada y razonable, respetando cualquier procedimiento en el mercado. Un servicio idóneo dependerá también de la información brindada por el proveedor.

Respecto a la vulneración del derecho a la idoneidad y calidad del servicio, por erróneas administraciones de medicamentos, debemos citar un caso desarrollado por el propio INDECOPI, el cual está referido a la aplicación de los corticoides y sus riesgos. Al respecto, el Tribunal del INDECOPI ha emitido una opinión, en el expediente n.º 125-2004/CPC, Resolución n.º 1337-2005/TDC-INDECOPI, en donde se ha señalado lo siguiente:

La literatura médica presentada por ambas partes en el procedimiento señala que los corticoides son los antiinflamatorios idóneos para el tratamiento del asma, por lo que resultaba adecuada sus prescripción para el tratamiento del menor. No obstante, no era posible dejar de tener en cuenta los efectos adversos que su aplicación prolongada puede tener para la salud del paciente:

EFFECTOS ADVERSOS:

- a. Inhalatorios: tos, disfonía y candidiasis orofaríngea. Cuando se administran dosis altas pueden ocurrir efectos sistémicos, si bien esto no es concluyente.
 - b. Sistémicos: períodos cortos: alteraciones reversibles del metabolismo glucídico, apetito aumentado, retención de líquidos, aumento de peso, hipertensión arterial, ulcus y alteraciones del carácter.
- * períodos prolongados: supresión del eje hipófiso —hipotálamo— suprarrenal, diabetes, hipertensión, afinamiento de la piel, osteoporosis, cataratas, síndrome de Cushing, debilidad muscular y en raras ocasiones depresión inmunitaria.

Los efectos del empleo prolongado de corticoides por vía oral pueden llegar a ser graves en la salud de los pacientes, más aún en el caso de niños. En ese sentido, en el presente caso, un servicio médico idóneo implicaba poner a disposición del paciente todos los medios para intentar controlar sus episodios de asma, de tal manera que fuera necesario emplear los corticoides por vía oral con menor frecuencia.

Si un médico recibe un paciente que a pesar del tratamiento, no presenta

mejora alguna, debería llevar a cabo todas las pruebas necesarias para determinar si existe alguna otra causa que pueda estar contribuyendo a que se incremente la frecuencia de sus episodios de asma.

Lo expresado en la Resolución n.º 1337-2005/TDC-INDECOPI es muy valioso ya que revela que los médicos deben tener en cuenta los mayores cuidados cuando se administran medicamentos riesgosos como los corticoides. Los cuidados deben ser mayores cuando los medicamentos son administrados por prolongados períodos, mayores dosis, y sobre todo, teniendo en cuenta la edad del paciente y la evolución de su salud.

De lo afirmado en la Resolución n.º 1337-2005/TDC-INDECOPI, podemos resaltar que la calidad de la atención, cuando se trata de niños o ancianos, es mucho más delicada y, por lo tanto, las pautas de conducta y cuidados deben ser mayores en estos casos, ya que son grupos de alto riesgo. Si en condiciones de bajo riesgo se debe asegurar la calidad del servicio de salud, con mayor razón el aseguramiento y protección de la calidad del servicio debe darse cuando se está frente a pacientes con alto riesgo.

A fin de evitar complicaciones en el tema de la probanza de la falta de calidad en el servicio prestado, la Ley de Protección al Consumidor ha establecido un supuesto de responsabilidad administrativa objetiva en su determinación, y es por ello que se ha establecido que los proveedores sean responsables de la calidad e idoneidad de los servicios que ofrecen en el mercado bajo un parámetro objetivo, y de esa forma se eliminan subjetividades.

Para la Comisión de Protección al Consumidor, los reclamos o denuncias por negligencias médicas en muchos de los casos, están asociados a la falta de idoneidad en la prestación de los servicios médicos; por ello, es necesario saber qué condiciones deben cumplirse para que la responsabilidad se traslade al proveedor.

Debe probarse la falta de idoneidad en la prestación del servicio como condición para que el proveedor tenga la obligación de respon-

der frente al consumidor, para ello es necesario acreditar una relación de causalidad entre la conducta o acción del proveedor y la falta de idoneidad en el servicio. En los casos de negligencias médicas, se debe demostrar que las deficiencias en la calidad, mermaron gravemente la salud del usuario del servicio de salud, ya que, por ejemplo, cuando era necesario, no se llevaron a cabo las acciones idóneas y mínimas razonables para velar por su salud.

Si no se logra demostrar la relación de causalidad entre la acción y el resultado, no se puede terminar la existencia de la responsabilidad; sin embargo, en los actos de consumo la probanza es diferente que en la responsabilidad civil por daños, ya que si bien se debe demostrar la prestación de un servicio falto de idoneidad, la medición de la calidad pasa por un estándar objetivo y no subjetivo, con lo cual estamos frente a una idoneidad razonable en la prestación del servicio.

Si bien el INDECOPI considera en los procedimientos de protección al consumidor, la necesidad de acreditar la relación de causalidad, y sobre todo la medición de la idoneidad del servicio en función de una garantía implícita y objetiva, ello no quiere decir que existan supuestos de fractura o ausencia de relación de causalidad, con lo cual se defiende al proveedor del servicio. Puede suceder que una aparente falta de idoneidad en la realización de un servicio, haya sido causada por factores diferentes, como son los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, o incluso el hecho de un tercero o el descuido o negligencia del propio consumidor.

En los casos de caso fortuito, fuerza mayor, o hecho de tercero, no queda duda de que la relación de causalidad entre la acción y la falta de idoneidad del servicio se anula y no genera responsabilidad. Esta situación debe ser tomada en cuenta al momento de evaluarse una denuncia sobre negligencia médica.

Una negligencia médica representa que una persona ha sufrido un daño a su salud como resultado de una acción o acciones realizadas por profesionales de la salud. Le corresponde al consumidor demostrar que

el servicio brindado no fue idóneo sino más bien deficiente, y le corresponderá al proveedor probar o no si existió un defecto o si existió, ello no le es imputable.

Cuando se trata de negligencias médicas, la información sobre la idoneidad del servicio médico, debe desprenderse, por ejemplo, de la historia clínica, y la conducta del profesional de la salud debe adecuarse a los parámetros objetivos y a los protocolos de atención y práctica usual. El actuar de los médicos debe ser con criterio y cada decisión debe haber sido evaluada previamente por el profesional de la salud considerando los riesgos, lo cual debe ser comunicado al paciente o sus familiares, y es por ello que existen los formatos de consentimiento informado. En las atenciones de salud los riesgos se evalúan, ya que siempre se buscará la protección de la vida, integridad y salud del paciente.

En el caso de los servicios profesionales de los médicos, el profesional asume un compromiso de cumplir una obligación de medios, es decir, en poner todos los medios que estén a su alcance para, diligentemente, brindar un servicio adecuado. Lo que se asegura es un tratamiento o la utilización de una estrategia para ayudar a conseguir el resultado deseado que es la recuperación de la salud. Éstas son las acciones que debe llevar a cabo, y si sus acciones no tienen sustento objetivo y racional para la mejora de la salud, estaremos frente a una negligencia médica o servicio no idóneo.

En la Resolución n.º 2129-2006/TDC-INDECOPI emitida por el Tribunal del INDECOPI en el caso del expediente n.º 362-2005/CPC, se ha descrito muy bien el tema de la idoneidad del servicio, tomando como base el caso de una persona que ingresó por una fractura y recibió un pésimo servicio considerado como un acto negligente, ya que se empeoró la salud del paciente, como lo veremos a continuación:

En el presente caso, el menor Sebastián Barahona Pomar fue ingresado a la Clínica San Gabriel por Emergencia el 2 de enero de 2004, siendo diagnosticado con una fractura de cúbito y radio izquierdo.

Al respecto, la Comisión, basándose en el peritaje de parte presentado por la denunciante, determinó que la Clínica San Gabriel prestó un servicio no idóneo al menor, por las siguientes consideraciones:

- (i) Ante el diagnóstico de fractura de cubito y radio más herida contusa que se dio al niño, la Clínica realizó una reducción incruenta y luego una reducción cruenta más osteosíntesis, cuando lo que correspondía, de acuerdo al peritaje presentado por la señora Pomar, era haber realizado otra reducción incruenta antes que intervenir quirúrgicamente al niño.
- (ii) No quedó acreditado que la Clínica hubiera informado a la señora Pomar sobre las complicaciones que podían derivarse de la fractura que sufrió su hijo, contraviniendo el artículo 15, literal g) de la Ley General de Salud.
- (iii) La Clínica debió anestesiarse al niño para realizarle la reducción incruenta (primer tratamiento), y debió de haber utilizado más de una venda de yeso.
- (iv) Finalmente, el material de osteosíntesis que se aplicó al niño no fue adecuado para su edad, ocasionándole una notoria cicatriz.

En el caso de servicios profesionales, como son los servicios médicos, legales o similares, el profesional se compromete a cumplir una obligación de medios, es decir, poner todos los medios que estén a su alcance para, diligentemente, brindar un servicio adecuado. En efecto, un médico o un abogado no pueden asegurar a su paciente o patrocinado un resultado determinado, sino la aplicación de un tratamiento o la utilización de una estrategia que, según su propio criterio, podría ayudar a conseguir el resultado deseado.

En ese sentido, correspondía a los médicos de la Clínica San Gabriel aplicar al hijo de la denunciante el tratamiento más adecuado con la finalidad de corregir la fractura que presentaba hasta alcanzar su recuperación. No obstante, el tratamiento no se limitaba a la alineación de la fractura del menor, sino que comprende toda la sucesión de actos a los que fue sometido el niño desde que ingresó al establecimiento de salud, hasta que fue dado de alta. Es decir, que correspondía a la Clínica brindarle el trato más adecuado considerando su edad, antecedentes, y el cuadro clínico que presentaba.

Al respecto, en el expediente obra diverso material probatorio presentado por ambas partes con la finalidad de acreditar, por un lado, que existió negligencia médica del personal de la Clínica San Gabriel en la atención del hijo de la denunciante y, por otro lado, que el tratamiento brindado en ese centro de salud fue adecuado atendiendo a las circunstancias.

Lo descrito en la Resolución n.º 2129–2006/TDC-INDECOPI es muy interesante, ya que se ha determinado la existencia de una negli-

gencia médica debido a que el profesional de la salud sólo se limitó a realizar un acto médico, la alineación de la fractura del menor, y es allí donde reside la negligencia médica y falta de idoneidad en la prestación del servicio, ya que desde el punto de vista médico, y por ello se ha valorado la pericia médica, era necesario practicarle al paciente otra reducción incruenta antes que intervenirle quirúrgicamente.

En este caso se ha podido determinar que no se brindó el tratamiento más adecuado para resolver el problema de salud, por el contrario, la falta de idoneidad del servicio generó un mayor daño, ya que no bastaba con corregir la fractura. Cuando un paciente es dado de alta médica, se debe haber hecho todo lo posible para restablecer su salud, es decir, que el trato más adecuado debe considerar el cuadro clínico del paciente y su recuperación.

El trato más adecuado debe buscar la recuperación de la salud de los pacientes, para lo cual debe existir una constante evaluación médica. Si se trata de un paciente hospitalizado, la calidad del servicio pasa por prestar ese trato adecuado durante las 24 horas del día, y sobre todo, cuando la salud del paciente empeora y necesita con mayor razón los cuidados debidos e inmediatos. Por ejemplo, a un paciente hospitalizado, se le debe controlar la presión arterial, su respiración, así como la evolución de su cuadro clínico tomando en cuenta los efectos de la aplicación de medicamentos.

Por ejemplo, en el caso de una persona hospitalizada por un cuadro de neumonía, es vital que el personal médico observe en todo momento la frecuencia de su respiración y agitación, así como tener presente la edad del paciente. Si estamos frente a una persona de la tercera edad afectada por neumonía, se debe tener en cuenta el riesgo de que el paciente se aspire saliva y ello vaya a generar un nuevo cuadro de neumonía, así como el daño al corazón por la excitación o agitación del paciente, más aún cuando los medicamentos que se aplican en los casos de neumonías, antibióticos y corticoides, tienen los efectos de elevar la presión arterial y causar agitación en la persona.

La Sala del INDECOPI ha incluso determinado una estrecha relación entre la falta de idoneidad en la prestación de un servicio médico y la falta de información al paciente y sus familiares, sobre los riesgos o complicaciones asociados a una intervención quirúrgica, ello ha sido planteado en la Resolución n.º 0295-2004/TDC-INDECOPI, emitida en el expediente n.º 443-2002/CPC:

El señor Melloni denunció a la Clínica por infringir el deber de idoneidad debido a que en la operación para extraerle los gangliones que se habían formado en su muñeca izquierda sufrió el corte de dos tendones que afectaron la movilidad de sus dedos, sin que dicho riesgo se le haya informado previamente, pese a que no resultaba previsible tratándose de una operación calificada de bajo riesgo, pues de haber conocido el mismo, hubiese optado por no someterse a la operación ya que los gangliones a extraer no le causaban dolor.

El denunciante señaló que el doctor Araujo-Álvarez practicó la operación sobre la base de una ecografía tomada diez meses antes, asimismo señaló que existieron irregularidades en el servicio, pues en los registros de la Clínica no se indicó oportunamente que se haya producido el corte de dos tendones: la nota operatoria n.º 1249 sólo consignó que accidentalmente se produjo el corte parcial de un tendón en tanto que la historia clínica consignó este hecho diez días después de la operación.

Por su parte, la Clínica señaló que en la prestación de servicios médicos siempre existen complicaciones, aún cuando se observen en todo momento los estándares óptimos para su prestación, complicaciones que harían compleja la labor de información a un paciente y que por tanto constituyen riesgos implícitos que no ameritan ser informados, pues ningún consumidor razonable solicitaría a su médico que le informe toda la gama de complicaciones posibles, ni tomaría en cuenta las mismas para adoptar su decisión de someterse o no a una operación, pues dicha decisión ya estaría tomada *per se*. La Clínica sostuvo que en el caso del señor Melloni la rotura de los tendones no se debió a la impericia o la negligencia del doctor Araujo-Álvarez, sino a la ubicación de los gangliones a extirpar, que hicieron imposible que en su extracción se evite cortar accidentalmente los tendones. Finalmente, indicó que dentro de la operación se procedió a suturar al paciente, con lo cual la rotura fue reparada, siendo el señor Melloni quien afectó su recuperación total al acudir a otros traumatólogos sin mantener la inmovilidad de su mano.

El Informe de Ecografía de fecha 8 de mayo de 2000 considerado para la operación del señor Melloni, concluye que dicho paciente presentaba signos ecográficos de tenosinovitis en la región de la muñeca izquierda y la formación de dos gangliones amplios. La tenosinovitis es la inflamación de la sinovia —revestimiento de la vaina protectora que cubre los tendones— que puede ser causada por una lesión, exceso de ejercicio, tensión o infección.

Por su parte, el Dictamen Pericial n.º 6955 señala que un ganglión es la presencia de un quiste o saco de contenido líquido o mucoso ubicado debajo de la piel y que puede estar adherido a los tendones o a la misma articulación. El análisis criminalístico comprendido en dicho Dictamen Pericial indica que la extirpación del ganglión constituye generalmente una cirugía menor, que podría complicarse dependiendo de la conformación y ubicación del quiste, si interfiere con elementos anatómicos importantes de la mano como son los nervios, los tendones y los vasos sanguíneos. Finalmente, el dictamen concluye que el daño en los tendones del señor Melloni se produjo durante la primera intervención quirúrgica al extirpar el ganglión.

En los mismo términos, el Certificado Médico Legal n.º 023213-PF-AR del 3 de mayo de 2002, emitido por el Instituto Medicina Legal del Ministerio Público, señala que en el presente caso al escindir la sinovia se desprendieron porciones de fibras colágenas tendíneas y la operación se complicó. Atendiendo a lo expuesto, si bien la afectación de los tendones en la región de la muñeca izquierda donde se ubicaban los gangliones a extraer constituía un riesgo asociado a la operación, tal como ha señalado la Clínica, dicho riesgo sólo resultaba previsible para el doctor Araujo-Álvarez por su formación y conocimiento en tema, no así para el señor Melloni, quien debió ser informado de dichos riesgos pues resultaban relevantes para determinar su decisión de operarse o no. En efecto, los resultados de la ecografía están expresados en términos técnicos no accesibles a los pacientes para quienes una tenosinovitis no puede asimilarse fácilmente como una inflamación del revestimiento de la vaina protectora que cubre los tendones.

La Sala considera que los riesgos asociados a una operación calificada de cirugía menor consistentes en la afectación de tendones, vasos sanguíneos o nervios que podrían conducir a la inmovilidad del miembro intervenido, no pueden ser considerados riesgos implícitos para un paciente, menos aún si alternativamente a la operación calificada de bajo riesgo existen tratamientos tópicos, aspectos que en su conjunto generarían en un consumidor razonable la expectativa y confianza de que una intervención de esta naturaleza no conlleva mayores riesgos.

La Clínica señaló en su apelación que al momento de una operación el médico tratante no sabe qué es lo que ocurrirá ni conoce si el ganglión está muy pegado a los músculos o si no es un ganglión de grasa sino un tumor. En este extremo, la Sala considera que la mayor o menor previsibilidad de los riesgos que conlleva una operación quirúrgica debe ser determinada por los médicos tratantes, mediante la realización de pruebas o exámenes orientados a aportar información sobre la ubicación y naturaleza del quiste a extraer. En este sentido, el desconocimiento de la ubicación real de los gangliones alegado por la Clínica no puede constituir un elemento de exoneración o limitación de responsabilidad, ya que son los médicos tratantes quienes deben efectuar las pruebas necesarias para contar con toda la información que requiera una intervención quirúrgica.

La afectación al deber de idoneidad materia del presente procedimiento se ha configurado, no por la falta de atención de las complicaciones ocurridas en la operación, sino porque siendo éstas previsibles para el doctor Araujo-Álvarez no fueron puestas en conocimiento del paciente en forma previa, afectando con ello su expectativa respecto al resultado final de la intervención.

En este importante caso resuelto por la Sala, lo que se ha podido demostrar es que una operación o intervención quirúrgica de extracción de gangliones que afectaban los tendones de la región de la muñeca de un paciente, en principio es una operación de bajo riesgo, puede complicarse y ello es de pleno conocimiento del profesional de la salud, mas no así del paciente ni mucho menos de sus familiares. En la resolución, para determinar la negligencia médica cometida, se ha tomado en cuenta que los riesgos asociados a la operación no fueron informados por el médico al paciente, a pesar de que dichos riesgos resultaban relevantes para determinar la decisión de operarse o no. La Sala también ha tomado en cuenta que los resultados de la ecografía, expresados en términos técnicos no accesibles a los pacientes, no le fueron explicados al usuario, y es por eso que tomó la decisión de ser intervenido quirúrgicamente sin haber sido informado de los riesgos y daño a su salud.

La Sala, al evaluar la idoneidad del servicio, ha considerado que los riesgos de esta intervención quirúrgica o cirugía menor, estaban asociados a la afectación de tendones, vasos sanguíneos o nervios, y de

que el mayor riesgo era la inmovilidad del miembro intervenido, y es por ello que estos riesgos no pueden ser considerados como implícitos y deben ser informados y explicados en detalle y en lenguaje simple al paciente, con mayor razón si es que existen otras alternativas de tratamientos médicos.

A criterio de la Sala, los pacientes o consumidor razonables de servicios de salud, tiene una expectativa y confianza en que el profesional de la salud realizará el mejor acto médico posible para reestablecer su salud, y es por ello que asume, si es que no le informan lo contrario, que una intervención quirúrgica es la única opción y que ello no conlleva mayores riesgos o ellos no existen. En el presente caso se ha demostrado que no se informaron los riesgos, no se realizó debidamente el cuidado post intervención quirúrgica, e incluso existían otras alternativas de tratamiento médico con menores riesgos.

Conforme a lo establecido, al momento de analizarse la idoneidad del producto o servicio, se deberá tener en cuenta lo ofrecido por este último y la información brindada. En el caso de los servicios de atención médica, por su propia naturaleza, siempre conllevan un grado de riesgo. Por lo tanto, es necesario que los médicos y entidades encargadas de la administración de servicios de salud actúen con la mayor diligencia posible, toda vez que cualquier error podría ocasionar un daño irreparable en la salud de las personas.

De acuerdo al criterio establecido por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, un servicio médico idóneo consiste en aplicar el procedimiento o protocolo correcto preestablecido para el tratamiento de lesiones y enfermedades, de la manera más fielmente posible.

En los Lineamientos 2006 de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, se ha tomado en cuenta que cuando un consumidor razonable acude a una institución médica o a un médico en particular, no espera que al solicitar un servicio se le asegure un resultado, en tanto éste no es realmente previsible, pero sí espera que el servicio

sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación, utilizando todos los medios requeridos para lograr el fin buscado. De otro lado, la adopción de medidas de control de servicios y análisis no está en capacidad de ser negociada por los pacientes que acceden al servicio médico de una clínica, quienes tienen una expectativa legítima en cuanto a las condiciones del servicio que razonablemente deberán recibir, basados precisamente en la garantía implícita de la clínica respecto de sus servicios.

Los procedimientos seguidos ante el INDECOPI, no representan una indemnización para el paciente que sufre una negligencia médica, ni mucho menos para sus familiares. El daño causado eventualmente tendrá que ser objeto de un proceso judicial de responsabilidad por daños derivados del servicio médico no idóneo.

Estos procedimientos deben ser perfeccionados, ya que lo que se debe buscar es una completa protección del consumidor, y si se afectó su vida, integridad o salud, ello debe ser reparado con la mayor celeridad posible. Las medidas correctivas que el INDECOPI pueda emitir no son del todo indemnizatorias, sino que más bien tratarán de suplir el pésimo servicio de salud prestado, pero si ya se consolidó un daño y éste no es reversible, sólo queda la indemnización económica, para lo cual se requerirá que el proceso civil sea lo más rápido posible, y una alternativa son los tribunales arbitrales de consumidores, frente al Poder Judicial y sus juzgados civiles en donde el expediente y resolución del INDECOPI será un medio probatorio a ser actuado.

4. PLANTEAMIENTOS DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS

Lo primero que debe buscarse es evitar las negligencias médicas, y para ello los profesionales de la salud y los establecimientos de salud, públicos y privados, deben establecer mecanismos de control y prevención de estos graves incidentes, de lo contrario, cada año las cifras seguirán incrementándose.

Los casos del INDECOPI revelan que la problemática de las negligencias médicas involucra a muchos de los principales establecimientos privados de salud, y eso es sólo la cifra de denuncias registradas por la Comisión de Protección al Consumidor.

Los fallos del INDECOPI deberían ser una importante fuente de estudio para la prevención de los daños a la salud, y por ende, los profesionales de la salud, y los establecimientos de salud, públicos y privados, y las facultades de medicina del país, deberían aprender de estas nefastas experiencias.

Al margen de la prevención, los daños causados como resultado de una negligencia médica deben repararse, y para ello la opción de recurrir al Poder Judicial para interponer una acción de responsabilidad civil contractual no es la más adecuada, ya que supone un plazo de cuatro a seis años para un fallo que tenga la autoridad de cosa juzgada y se pueda ejecutar.

Para hacer frente a los daños ocasionados a la salud de los usuarios que sufrieron una negligencia médica, surgen las siguientes alternativas: un seguro obligatorio que responda por el daño causado, es decir, que estaríamos frente a un seguro obligatorio de responsabilidad civil por servicios de salud. Otra alternativa planteada en el Perú por los propios médicos y algunos congresistas, ha sido la creación de un fondo de riesgo para los pacientes que son víctimas de negligencias médicas, como una forma de resarcir el daño causado.

Una opción que no se ha planteado y que es complementaria con la opción del seguro de accidentes, es que los casos de negligencias médicas sean resueltos por tribunales arbitrales especializados en dicha materia.

Estamos de acuerdo con la existencia del Seguro Obligatorio de Accidentes de Servicios de Salud (SOASS), la cual incluso ha sido planteada no sólo por el Poder Ejecutivo, sino también por el gremio

de las empresas de seguro privado, APESEG. Respaldamos esta propuesta, ya que las propias compañías de seguros lo han estructurado de manera muy similar al seguro SOAT, de esta forma no será necesario determinar la existencia de responsabilidad ni confirmar la negligencia en la vía judicial, para que se cumpla con efectuar la ejecución de la póliza por parte de la compañía de seguros, de esta forma se obtiene un inmediato pago del siniestro sin mayor demora ni trámites.

La «indemnización» del SOASS pondría en evidencias problemas al interior de los establecimientos de salud, o deficiencias de los propios médicos que ejercen la profesión en forma privada. Este seguro representaría una suerte de mecanismo de control y prevención, ya que cada año las compañías de seguro evaluarían las actividades de los establecimientos de salud y de los médicos, los riesgos que ellos potencialmente pueden generar, y por tales razones los propios asegurados evitarían que se consumen o materialicen los riesgos o siniestros.

Respecto de la propuesta de tribunales arbitrales especializados en materia de negligencias médicas, creemos que es la opción más recomendable, ya que estos casos son muy complejos y difíciles de evaluar, y es por ello que se requiere de «jueces» capacitados para ello, con notable experiencia, con los conocimientos del caso, lo cual, lamentablemente, no se tiene en el Poder Judicial, y si se tuviese, igual sería muy largo un proceso civil indemnizatorio de conocimiento como vía procesal.

Creemos que la justicia arbitral especializada en materia de negligencias es la que garantizará los mejores resultados, pero para ello debe ser obligatoria, por lo que todo establecimiento de salud, público o privado, así como todo profesional de la salud, acepta, como parte de su relación de consumo o de prestación de servicios de salud, que los casos de daño a la salud, sean objeto de solución ante tribunales arbitrales.

En la actualidad, la norma nacional de arbitraje no impide que los casos de negligencia médica o daño a la salud por deficientes servicios médicos, puedan ser evaluados por tribunales arbitrales, sólo es necesario que vía ley se establezca la obligatoriedad de recurrir a dichos órganos de administración privada de justicia.

COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL QUE ORDENA EL ARBITRAJE POTESTATIVO
PARA DETERMINAR EL NIVEL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN
EL SECTOR PORTUARIO

Jorge Orlando Ágreda Aliaga
Rita Sabroso Minaya

COMENTARIOS SOBRE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE ORDENA EL
ARBITRAJE POTESTATIVO PARA DETERMINAR EL NIVEL DE
NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PORTUARIO

*Jorge Orlando Ágreda Aliaga**
*Rita Sabroso Minaya***

Sumario: 1. Introducción.— 2. Breves apuntes respecto del derecho a la libertad sindical y su manifestación en la negociación colectiva.— 2.1. Regulación del derecho a la libertad sindical.— 2.2. Definición, contenido y funciones e importancia de la libertad sindical.— 2.3. La negociación colectiva.— 3. El papel intervencionista del Estado y la Negociación Colectiva.— 3.1. Fundamento del intervencionismo estatal.— 3.2. El doble discurso de la regulación nacional.— 3.3. Los modelos de negociación colectiva según nuestra legislación.— 3.4. Los principios de la negociación colectiva.— 3.5. La rama de actividad como única alternativa para el ejercicio del derecho de negociación colectiva.— 3.6. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.— 4. Sobre el arbitraje como vía para determinar el nivel de negociación.— 4.1. Consideraciones generales sobre el arbitraje.— 4.2. Naturaleza del arbitraje establecido en la Sentencia n.º 03561-2009-AA y en las resoluciones posteriores.— 4.2.1. ¿Vacío o laguna del Derecho?— 4.2.2. Arbitraje potestativo.

* Abogado asociado del Estudio Pizarro, Botto & Escobar. Adjunto de Docencia del curso de Derecho Laboral General en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Abogada del Estudio Mario Castillo Freyre, Adjunta de Docencia del curso de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Secretaria Arbitral en procesos *Ad-Hoc*.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses se ha encendido un debate sumamente interesante sobre las implicancias de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente n.º 3561-2009-PA/Tribunal Constitucional, de fecha 17 de agosto de 2009,¹ en la cual la Segunda Sala del Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda interpuesta por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (en adelante, SUTRAMPORPC) en contra de la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (en adelante, ASPPOR), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (en adelante, APAM) y la Asociación Marítima del Perú (en adelante, ASMARPE), por una supuesta vulneración de su derecho a la negociación colectiva.

La demanda de amparo interpuesta por el SUTRAMPORPC se sustenta en una supuesta vulneración del derecho de negociación colectiva, debido a la negativa de la ASPPOR y la APAM de negociar colectivamente por rama de actividad. Sostiene esta organización sindical además que, a pesar de que el Ministerio de Trabajo emitió el Decreto n.º 447, en el que se ordenaba que el procedimiento de negociación colectiva por rama de actividad se llevase a cabo, los representantes de los empleadores se negaron a ello, alegando que no se les podía imponer el nivel de rama de actividad, ya que por ley —a falta de acuerdo— correspondía llevar la negociación a nivel de empresa.

Delimitada la controversia, el Tribunal Constitucional procede a analizar el contenido del derecho de la negociación colectiva, y desarrolla el alcance de los tres principios que inspiran este derecho (negociación libre y voluntaria, libertad para elegir el nivel de negociación y buena fe). Así, el Tribunal Constitucional determina los alcances de este derecho y hace una enunciación de supuestos de afectación del citado derecho (Considerando n.º 22), entre los que se encuentran: (i) que empleador se niegue a recibir a los representantes de los trabaja-

¹ Precisada mediante Resoluciones de fechas 1 de marzo y 10 de junio de 2010.

dores o a negociar con ellos en los plazos y condiciones que establece la ley; (ii) que el empleador ejecute —durante el proceso de la negociación colectiva— acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la negociación; y (iii) que el empleador realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible la negociación colectiva.

Precisamente, en el caso se verifica —de los medios probatorios— que los demandados han hecho abuso de libertad para negociar y han actuado de mala fe, debido a las constantes inasistencias a las reuniones programadas dentro del procedimiento de negociación colectiva pactadas. Adicionalmente, sostiene el Tribunal Constitucional que se ha abusado del derecho de elegir el nivel de negociación.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional sostiene que la segunda parte del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo («[s]i no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel [...], las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa») deviene en inconstitucional, ya que supone una contravención del principio de libertad de elegir el nivel de negociación, por lo que no es posible que dicho nivel sea impuesto por una ley.

Y, finalmente, el Tribunal Constitucional —en el considerando número 29— señala expresamente «ante la inconstitucionalidad generada, este Tribunal considera pertinente precisar que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste se determinará mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga».

Quizá de los temas más llamativos de la referida sentencia es —precisamente— dicho considerando.

Así, se puede apreciar que desde lo ordenado por el Tribunal Constitucional, se ha establecido que será el arbitraje la vía en la que se determine el nivel de la negociación colectiva allí donde haya sectores

en donde puedan coincidir tanto negociaciones colectiva de rama de actividad como de empresa, pero sobre todo allí donde se evidencie la mala fe de los empleadores (considerandos 24 y 25 de la sentencia bajo comentario).

Sin embargo, en dicha Sentencia, el Tribunal Constitucional no hizo mayores precisiones de cómo se debía iniciar el arbitraje, ni sus condiciones o reglas, temas que fueron —de alguna manera— aclarados o precisados mediante las Resoluciones de fechas 1 de marzo y 10 de junio de 2010.

A continuación esbozaremos algunas ideas sobre las implicancias jurídicas de la sentencia señalada.

2. BREVES APUNTES RESPECTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL Y SU MANIFESTACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A efectos de poder hacer el análisis planteado para este ensayo, es necesario hacer una breve referencia al contenido y alcances del derecho de la libertad sindical, toda vez que ésta contiene —a su vez— al llamado derecho de negociación colectiva.

2.1. Regulación del derecho a la libertad sindical

La primera norma a la que tenemos que hacer mención respecto del derecho de libertad sindical es el artículo 2 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) n.º 87. Dicho instrumento señala que los «trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones [...]».

Por su parte, los más importantes tratados internacionales sobre derechos humanos, que también se encuentran vigentes en el Perú, han reconocido como tal a la libertad sindical.

Igualmente, en nuestra Constitución, en su artículo 28, se han reconocido los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Por su parte, a nivel legislativo, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo n.º 010-2003-TR (en adelante, LRCT), también lo reconoce.

En virtud de lo antes mencionado, no queda duda que la libertad sindical es un derecho fundamental, tan importante como el derecho a la libertad de pensamiento, de expresión o al de propiedad.

2.2. Definición, contenido y funciones e importancia de la libertad sindical

Considerando las normas antes señaladas, y citando al profesor Villavicencio, podemos definir a la libertad sindical como «*el derecho de los trabajadores a constituir y a afiliarse libremente a organizaciones sindicales, y el de éstas y de aquellos a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses*».²

Como se puede deducir, el derecho a la libertad sindical es uno de naturaleza compleja, en donde la titularidad corresponde a los trabajadores y a las organizaciones sindicales, y contiene aspectos organizativos como de actividad. En esa línea, sin desconocer todos los elementos contenidos en el derecho, se puede señalar que la libertad sindical es un derecho fundamentalmente colectivo y de actividad.³

Claro está, el contenido del derecho no determina por sí solo sus múltiples implicancias o su utilidad. Así, es necesario señalar que el objetivo primordial del derecho a la libertad sindical, como se ha seña-

² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: Sindicación, negociación colectiva y huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007, p. 33.

³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Op. cit.*, p. 35.

lado, es la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, y para que ello pueda hacerse efectivo, la referida libertad contiene a su vez tres grandes derechos y que, al mismo tiempo, operan como presupuestos de la misma.

El primero se refiere al derecho que tienen los trabajadores de hacer surgir o configurar los sujetos del poder normativo (organizaciones sindicales), entendiéndose a éste como el derecho de sindicación (autoorganización). Dicho derecho da pie al segundo presupuesto, que supone la posibilidad de que estos sujetos generen normas autónomas, distintas de las expedidas por el Estado, a través de los procedimientos de negociación colectiva (autorregulación). Y, por último, se tiene como garantía de eficacia de los anteriores presupuestos la posibilidad de recurrir a medios de defensa como la huelga (autotutela).⁴

Visto así, para existir, la libertad sindical requiere necesariamente de estos tres componentes, ya que la inexistencia o limitación de alguno de ellos impediría o afectaría esencialmente su ejercicio.

Para efectos del presente trabajo, haremos especial referencia al segundo de los componentes, el de la negociación colectiva.

2.3. La negociación colectiva

Podemos definir a la negociación colectiva como todo aquel procedimiento que tiene lugar entre el o los empleadores y una organización de trabajadores (de cualquier grado) con el objeto de fijar las condiciones de trabajo, regular las relaciones entre los trabajadores y los empleadores y regular las relaciones entre las organizaciones sindica-

⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «El cuestionable continuismo intervencionista o la ausencia de reforma en la regulación general de las relaciones colectivas de trabajo y de la libertad sindical». En FERRO DELGADO, Víctor (Coordinador). *Balance de la reforma laboral peruana*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, p. 268.

les y los empleadores.⁵ Generalmente, el producto de esta negociación es el convenio colectivo (fuente del Derecho Laboral).

Pues bien, evidentemente, los procedimientos de negociación colectiva suponen el contrapeso de dos poderes, por un lado, el del empleador, y, por otro, el de las organizaciones de trabajadores. Dependiendo del poder de negociación de cada una de las partes, los resultados de dicha negociación tendrán los efectos deseados para una u otra (o para ambas, inclusive).

En nuestro país, como lo hemos señalado en algún otro trabajo,⁶ la negociación colectiva se encuentra signada por un fuerte intervencionismo estatal, plasmada sobre todo en nuestra LRCT, en donde en la práctica el ejercicio se encuentra absolutamente limitado.

Así, por ejemplo, el modelo de negociación colectiva peruano es fundamentalmente de empresa, en donde una organización sindical (de difícil configuración y funcionamiento) se encuentra determinada a negociar con el empleador correspondiente.

⁵ Similar definición podemos encontrar en el Convenio de la OIT n.º 154 (aún no ratificado por el Perú), que señala en su artículo 2 lo siguiente: «A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez».

⁶ Cfr. ÁGREDÁ ALIAGA, Jorge Orlando. «El papel del Estado en la libertad sindical: Del clásico intervencionismo a la necesaria autonomía». En AA.VV. «Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos» (Libro de Ponencias del Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). Chiclayo: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008, pp. 403-414.

Evidentemente, dicho modelo supone implícitamente una dificultad material de dichas organizaciones sindicales de obtener un poder de negociación suficiente, razón por la cual en muchos casos (tal como señalaremos en líneas posteriores) el derecho para efectos prácticos virtualmente es inexistente o es muy limitado.⁷

3. EL PAPEL INTERVENCIONISTA DEL ESTADO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Según lo establecido por el artículo 28 de nuestra Constitución, el Estado reconoce y garantiza el derecho a la libertad sindical, fomenta la negociación colectiva y regula el derecho de huelga. Toda vez que hemos podido apreciar el carácter atípico del derecho de la libertad sindical, y considerando las funciones de la misma, podríamos deducir que la fórmula constitucional señalada debería implicar necesariamente una serie de limitaciones en la participación del Estado en las relaciones laborales, garantizando un marco de máxima autonomía y de mínima heteronomía.⁸ Así, dicha fórmula supone una actuación del Estado como protector, pero también como promotor del derecho.

Desde el punto de vista de la protección, el Estado deberá eliminar todos los obstáculos irrazonables para el ejercicio del derecho, así como

⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú». En ERMIDA URIARTE, Óscar (Coordinador). *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1993, p. 256.

⁸ Evidentemente, la autonomía no debe suponer una reducción de la soberanía del Estado, ya que ciertamente, siendo la organización sindical un ente colectivo constituido al amparo de un sistema jurídico determinado, también se encuentra sujeto a las distintas disposiciones legales necesarias para velar el interés público (Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. «Los sindicatos en el Perú». En PASCO COSMÓPOLIS, Mario (Coordinador). *Los sindicatos en Iberoamérica*. Lima: AELE Editorial, 1988, pp. 282-284.) y VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «El principio de autonomía colectiva». En AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, p. 48.

establecer mecanismos jurídicos destinados a combatir los actos antisindicales (que básicamente provienen de los empleadores y del propio Estado).

En lo referido al papel promotor, el Estado debe aparecer como el agente encargado de incentivar la actividad sindical, sin imponer límites injustificados para su ejercicio, estableciendo las condiciones adecuadas a efectos de organizar un equilibrio de poderes entre las partes involucradas, dejando espacio de actuación para la autonomía de la voluntad de éstas.⁹

Sin embargo, ninguno de estas necesarias actuaciones es realizada por el Estado de manera eficiente, sino todo lo contrario. Hay, pues, respecto de la libertad sindical un perfil eminentemente reglamentista desde el punto de vista de la regulación, un perfil en extremo permisivo en lo referido a la protección y un perfil abstencionista en lo que respecta a la promoción, lo que ha tenido consecuencias nefastas en el movimiento sindical.

3.1. *Fundamento del intervencionismo estatal*

Hay que reconocer que el perfil intervencionista que no sólo está presente en el Perú, sino que es recurrente en la mayor parte de los países de América Latina, lo que se podría deber a un deseo de los Estados a ejercer cierto control de naturaleza política, debido a la presencia de alta conflictividad social,¹⁰ o por la errónea percepción de que el conflicto de intereses no es otra cosa que una patología que debe ser evitada o regulada al máximo.¹¹

⁹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «El cuestionable continuismo intervencionista o la ausencia de reforma en la regulación general de las relaciones colectivas de trabajo y de la libertad sindical». *Op. cit.*, pp. 291-292.

¹⁰ ERMIDA URIARTE, Óscar. «Las relaciones de trabajo en América Latina». En *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*. Sevilla: 1990, n.º 18, p. 69.

¹¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú». *Op. cit.*, p. 219.

Por ello, se puede explicar el interés del Estado de ejercer un control casi absoluto sobre las organizaciones sindicales, reduciendo su margen de acción, a fin de evitar un contrapeso en la escena política,¹² o de compartir el poder normativo.

No es de sorprender que sobre la base de lo expresado, el Estado considere a las organizaciones sindicales como promotoras de la inestabilidad social o como un potencial adversario en lo político. Así, no duda en satanizar el movimiento sindical, apoyado por sus aliados en el sector empresarial y la prensa amanuense. Ello, evidentemente, también se traslada al ejercicio práctico del derecho, en lo referido a la negociación colectiva (y también en la huelga), en donde se busca la reducción o la eliminación de cualquier facilidad para su desarrollo, ya que ante la imposibilidad de cumplir con un objetivo (o de ejercer los mecanismos de presión para obtenerlo), la sola existencia de los sindicatos se hace poco atractiva.

3.2. *El doble discurso de la regulación nacional*

A pesar de estar considerada por la Constitución y por los más importantes instrumentos internacionales como un derecho fundamental, a nivel infraconstitucional y en la práctica, la libertad sindical no es respetada como tal.

Se puede advertir, entonces, una fuerte tendencia a exhibir, por un lado, un aparente reconocimiento de los principios propios de la libertad sindical, pero por el otro se manifiesta una negación práctica a través de conductas o regímenes jurídicos claramente contradictorios con dichos principios.¹³

¹² Una muestra de lo señalado es, por ejemplo, el llamativo interés de proteger más la libertad sindical negativa que el propio ejercicio de la libertad sindical (Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar. «Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas: Situación actual y perspectivas». En ERMIDA URIARTE, Óscar (Coordinador). *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 382).

¹³ GOLDIN, Adrián O. «El papel del Estado». En ERMIDA URIARTE, Óscar y Antonio

En ese orden de ideas, se podría hablar de dos modelos de relaciones laborales. El primer modelo es el consagrado en nuestra Constitución, donde la libertad sindical se encuentra reconocida y garantizada, según los criterios establecidos por los Convenios OIT n.º 87 y n.º 98.

Sin embargo, el segundo modelo y el vigente en la práctica, es el establecido en la legislación infraconstitucional, donde se aprecia cómo el Estado ha adoptado un papel limitante y restrictivo del derecho.¹⁴

La razón de ser de esta esquizofrenia jurídica es precisamente el interés de mostrar una imagen ante los organismos internacionales de un país respetuoso de los derechos humanos, sin embargo, debido al interés de mantener el control sobre las organizaciones sindicales es de aplicación práctica el segundo modelo.

El modelo vigente es aquel regulado por el Decreto Ley n.º 25593, luego ordenado, a través de la LRCT, y que ha sido considerado como el más intervencionista, monopólico e invasivo de América Latina.¹⁵ Evidentemente, ello ha supuesto una serie de limitaciones, lo que ha azuzado la conflictividad social,¹⁶ toda vez que no se ha permitido encauzarla adecuadamente.¹⁷

OJEDA AVILÉS (Coordinadores). *El derecho sindical en América Latina*. Montevideo: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 48.

¹⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo en Perú». *Op. cit.*, p. 213.

¹⁵ ERMIDA URIARTE, Óscar. «Las relaciones de trabajo en América Latina: Problemas y tendencias». En *Themis*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, n.º 8, p. 17.

¹⁶ HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. «La concertación social». En ERMIDA URIARTE, Óscar y Antonio OJEDA AVILÉS (Coordinadores). *El derecho sindical en América Latina*. Montevideo: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 207-208.

¹⁷ Tan evidentemente lesiva del derecho a la libertad sindical ha sido y es la LRCT, que la OIT observó en su oportunidad una serie de disposiciones en ella contenidas. Dichas observaciones cuestionaban distintos dispositivos que regulaban el

3.3. Los modelos de negociación colectiva según nuestra legislación

Según el artículo 5 del LRCT, los sindicatos pueden ser de cuatro tipos: (i) de empresa; (ii) de rama de actividad; (iii) de gremio; y de (iv) de oficios varios.

Lo antes señalado tiene directa incidencia sobre el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, ya que según cómo se hayan organizado los trabajadores, los productos de la negociación surtirán efectos. Así, el artículo 44 de la LRCT dispone lo siguiente:

Artículo 44. - La convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, que podrá ser:

- a) De la empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una empresa, o a los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella.
- b) De una rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte determinada de ella.
- c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas.

Y aunque se reconozca la posibilidad de los sindicatos de gremio, a nivel de legislación comparada, se entiende que existen dos grandes modelos de negociación, que son el centralizado (que se refiere al nivel de rama de actividad) y el descentralizado (que se refiere al nivel de empresa).

Aunque en nuestro país, previa a la desregulación salvaje en materia laboral de inicio de los noventas, el modelo predominante

derecho de sindicación, de negociación colectiva y de huelga. Si bien es cierto, algunas de estas observaciones fueron levantadas a través de la Ley n.º 27912, otras tantas han quedado pendientes, básicamente en lo referido al tema de huelga. (Al respecto, *Cfr.* CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. «La modificación a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo». En *Foro Jurídico*. Lima: 2003, n.º 2., pp. 216-220).

era el centralizado, después de este período, se generalizó el modelo descentralizado, lo cual trajo terribles consecuencias, toda vez que los empleadores, sobre la base de una mal entendida «libertad económica», estuvieron de plácemes con el modelo impuesto desde el Estado.

¿Por qué resulta más favorable para los empleadores negociar a nivel de empresa que a nivel de rama? Evidentemente, ello se debe que a nivel de rama, las organizaciones sindicales cuentan con un poder de negociación mucho más fuerte que los sindicatos organizados a nivel de empresa. Una eventual paralización de un sector, ciertamente, es mucho más disuasiva que una paralización de una empresa, porque el impacto económico es mucho mayor en un caso que en el otro.

Pero, ¿por qué se pasó de un modelo a otro? Pues ello, como adelantamos, se debió al modelo de negociación impuesto por el Estado, en donde prácticamente se impuso el nivel de negociación de empresa a las partes involucradas. Así, en el texto original de la Ley n.º 25593 (Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) se establecían las siguientes reglas:

Artículo 45.- Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa.

De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral.

TERCERA DISPOSICIÓN TRANSITORIA Y FINAL.- Los trabajadores y las empresas o gremios comprendidos en negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad, actualmente en trámite, deberán ratificar o modificar su voluntad de continuar negociando en dicho nivel dentro de los treinta (30) días naturales posteriores a la entrada en vigencia del presente Decreto Ley. De no haber acuerdo de partes, la negociación colectiva se llevará a cabo a nivel de empresa.

La Autoridad de Trabajo dispondrá el archivamiento definitivo de los expedientes a que se refiere el párrafo anterior en los cuales no hubiere recaído acuerdo de partes para continuar negociando a nivel de rama de actividad.

De acuerdo con lo antes mencionado, se puede apreciar cómo mientras en el segundo párrafo del artículo 45 de la ley mencionada se establecía que en aquellos sectores donde ya se negociara bajo un nivel previamente acordado, se requeriría de un nuevo acuerdo para modificar dicho nivel. Esta regla, como es obvio, resultaba bastante razonable, ya que lo pactado sólo podría ser cambiado bajo otro pacto.

Lamentablemente, dicho enunciado carecía de valor, ya que en la Tercera Disposición Transitoria y Final del mismo cuerpo normativo se estableció una regla de «ratificación del nivel», en donde las partes que ya habían pactado el nivel de negociación debían «ratificar» conjuntamente si deseaban seguir en dicho nivel, y si no lograban ese consenso, la negociación sería impuesta a nivel de empresa.

Naturalmente, ningún gremio empresarial quiso «ratificar» el nivel de empresa, por lo que se varió el nivel al de «empresa».

Así, el Estado estableció esta trampa de la cual no había salida, y así todas las negociaciones colectivas llevadas históricamente a nivel de rama se reconvirtieron en negociaciones de empresas (en donde, generalmente no se llegaba a ningún puerto). Felizmente, gracias a las observaciones de la OIT y a los conflictos sociales con diferentes sectores (básicamente el de Construcción Civil), en el año 2003, se dejó de lado esta regla y se repusieron (como era justo) las negociaciones a nivel de rama en aquellos sectores donde ya se venían desarrollando así.

Por otro lado, mientras que el supuesto anterior era para sectores en donde ya se habían celebrado negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad, se mantenía el inconveniente para aquellos supuestos en donde no había negociación previa y las partes no se ponían de acuerdo para determinar el nivel de negociación. Pues bien, la regla

impuesta por la ley era que, a falta de acuerdo, se debía negociar a nivel de empresa (lo cual resultaba claramente favorable para el empleador, pero altamente perjudicial para el trabajador).

3.4. Los principios de la negociación colectiva

Según diversos pronunciamientos emitidos por los órganos de la OIT, se entiende que la negociación colectiva se encuentra determinada en función de tres grandes principios, que son: (a) negociación libre y voluntaria; (b) determinación libre del nivel de negociación; y (c) negociación de buena fe.

A continuación desarrollaremos brevemente cada uno de estos principios:

a. Negociación libre y voluntaria

Según los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT (en adelante, CLS), toda negociación debe ser libre y voluntaria. Así, los principales pronunciamientos sobre este tema son los siguientes:

- 925. La negociación voluntaria de convenios colectivos y, por tanto la autonomía de los interlocutores sociales en la negociación, constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical.
- 926. La negociación colectiva, para ser eficaz, debe tener carácter voluntario y no implica el recurso a medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de dicha negociación.
- 927. Ninguna disposición del artículo 4 del Convenio núm. 98 obliga a un gobierno a imponer coercitivamente un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención gubernamental que claramente alteraría el carácter de tales negociaciones.
- 928. El artículo 4 del Convenio núm. 98 no impone de manera alguna al Gobierno el deber de negociar colectivamente del mismo modo que tampoco resulta contrario a dicho artículo el obligar a los interlocutores

sociales a entablar negociaciones sobre términos y condiciones de trabajo con miras a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo; sin embargo, las autoridades públicas deberían abstenerse de toda injerencia indebida en el proceso de negociación.

929. Si bien el contenido del artículo 4 del Convenio núm. 98 no obliga a un Gobierno a imponer coercitivamente la negociación colectiva a una organización determinada, puesto que una intervención de este tipo alteraría claramente el carácter voluntario de la negociación colectiva, ello no significa que los gobiernos deban abstenerse de adoptar medidas encaminadas a establecer mecanismos de negociación colectiva.

En virtud de lo antes mencionado, se puede entender que las partes de una negociación colectiva deben seguir este procedimiento de modo voluntario, en donde las posiciones de una de ellas no pueden ser impuestas.

Igualmente, este principio también puede ser entendido como la libertad de iniciar o no las negociaciones, pero también como la libertad de arribar o no a un acuerdo.

Claro está, el carácter libre y voluntario no supone limitación o prohibición del derecho de huelga, que es un mecanismo de presión válido (como lo son todos los mecanismos de presión en cualquier negociación), sino que una parte no puede ser obligada a negociar ni a llegar a un acuerdo si no desea (aunque las consecuencias de dicha negativa le puedan resultar perjudiciales eventualmente).

b. Determinación libre del nivel de negociación

Como lo hemos mencionado previamente, las negociaciones colectivas pueden desarrollarse bajo diferentes niveles, siendo los predominantes los de empresa o los de rama de actividad.

Según este principio, deberán ser las partes las que libremente de-

terminen a qué nivel deseen negociar. Así, el CLS sobre este extremo se ha pronunciado de la siguiente manera:

988. En base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo.

989. La determinación del nivel de la negociación debería depender de la voluntad de las partes. Por ello, la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado no constituiría una violación de la libertad sindical.

De acuerdo con lo anterior, deberían ser las partes las que única y exclusivamente determinen el nivel de negociación al que se someterán, ello sin perjuicio de algunas ideas que esbozaremos en líneas posteriores.

c. Negociación de buena fe

Quizá éste sea un concepto de difícil definición, tan es así que el propio CLS no ha realizado ningún alcance específico al respecto. Así, los principales pronunciamientos sobre este extremo señalan lo siguiente:

934. El Comité recuerda la importancia que concede a la obligación de negociar de buena fe para el mantenimiento de un desarrollo armonioso de las relaciones profesionales.

935. Es importante que tanto los empleadores como los sindicatos participen en las negociaciones de buena fe y que hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo, y la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas es necesaria para establecer y mantener una relación de confianza entre las partes.

936. Tanto los empleadores como los sindicatos deben negociar de buena fe, realizando esfuerzos para llegar a un acuerdo, y la existencia de

relaciones de trabajo satisfactorias depende primordialmente de la actitud recíproca de las partes y de su confianza mutua.

937. El principio de que tanto los empleadores como los sindicatos deben negociar de buena fe, realizando esfuerzos para llegar a un acuerdo, supone evitar todo retraso injustificado en el desarrollo de las negociaciones.

Pues bien, sobre la base de lo mencionado, se podría señalar que este principio supone que las partes deben negociar de modo honesto, eficiente, sin demoras injustificadas, con poder suficiente para lograr un acuerdo, sin represalias, entre otros supuestos.

Así, cumplidos estos principios, se podría establecer que el derecho de negociación colectiva se respeta, pero ante la falla de alguno de los tres, dicho derecho se verá afectado.

3.5. La rama de actividad como única alternativa para el ejercicio del derecho de negociación colectiva

Que no se malinterprete el título del presente acápite, ya que no nos referimos a que el nivel de rama sea el único camino para ejercer el derecho de negociación colectiva, sino que existen determinados escenarios, determinados sectores, en los cuales sólo se puede negociar en dicho nivel, caso contrario ello sería imposible.

Como bien señala Arce,¹⁸ existen diferentes supuestos referidos a los niveles de negociación. Así, puede darse supuestos en los cuales pueda haber posibilidad de que ambos niveles se puedan realizar, por ejemplo, en empresas con importantes cantidades de trabajadores, pero que formen un sector uniforme. En dichos casos, podrían coexistir perfectamente sindicatos de empresas y sindicatos de ramas de actividad. Por tanto, en estos supuestos, la determinación del nivel sí puede ser discutida y deben ser las partes las que establezcan libremente las reglas correspondientes.

¹⁸ Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. «No podemos restringir la negociación a un solo nivel porque es totalmente anacrónico y autoritario». En *Revista Jurídica del Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, octubre 2009, n.º 104, pp. 18-19.

Claro está, en el supuesto previo, resulta cuestionable desde todo punto de vista que sea el Estado quien imponga el nivel. Por tanto, es evidente que cualquier intervención del Estado en este sentido debe ser considerada nula.

Sin embargo, existen supuestos en los cuales la coexistencia de distintos niveles de negociación es virtualmente imposible, ya sea porque las empresas conformantes del sector no cuentan con la cantidad de trabajadores suficientes para formar sindicatos de empresa (por ejemplo, el caso de las microempresas), o porque la actividad que realizan los trabajadores del sector es de naturaleza eventual, con altos grados de rotación entre las empresas de dicho sector, por lo que la breve permanencia de aquellos haría imposible la creación de sindicatos de empresas, y sólo las de rama de actividad.

En este último supuesto tenemos a los trabajadores de construcción civil y, para el caso concreto, a los trabajadores portuarios de estiba y desestiba, que prestan servicios a las empresas del sector en función de la existencia de labores, lo cual se determina según el arribo o partida de buques, que siempre será una actividad temporal y específica. No podrían existir sindicatos de empresa, ya que la temporalidad de las funciones (y la obligación legal de que los afiliados al sindicato sean trabajadores de la empresa) determinaría que el sindicato dejaría de existir cuando no haya labores, pero adicionalmente los trabajadores rotan y prestan servicios para diferentes empleadores.¹⁹

¿Es posible, entonces, que las partes tengan libertad para pactar el nivel allí donde no es posible encontrar más de una alternativa? Consideramos que no, y ello es el fundamento de las propuestas planteadas en el presente artículo.

¹⁹ NEVES MUJICA, Javier. «El nivel de la negociación en la actividad portuaria». En *Actualidad Laboral*. Lima: Abril de 2007, p. 16.

3.6. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Tal como lo hemos señalado en líneas precedentes, la negociación colectiva es un derecho constitucional y como tal debe ser fomentado por parte del Estado.

Lamentablemente, en nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se le regula de modo tal que la hace virtualmente imposible en determinadas circunstancias (como ha sido señalado en el punto 3.5. del presente trabajo). Así, se impone que a falta de acuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, ésta se llevaría a nivel de empresa.

El Tribunal Constitucional acierta al momento de determinar la inconstitucionalidad de la disposición contenida en este artículo, ya que la imposición de un nivel de negociación desde una norma no es válida, toda vez que esto supondría una restricción indebida de un derecho constitucional.

4. SOBRE EL ARBITRAJE COMO VÍA PARA DETERMINAR EL NIVEL DE NEGOCIACIÓN

4.1. Consideraciones generales sobre el arbitraje

Desde la aparición del Derecho del Trabajo en el plano de las disciplinas jurídicas, los actores sociales han admitido la presencia de un tercero independiente como factor apto para alcanzar un acuerdo que dé por finalizados los conflictos entre ellos existentes en el plano de las relaciones laborales. De hecho, el Estado no podría permanecer indiferente frente a hechos que alterarían la permanencia de la paz social y podrían hasta impedir el normal desarrollo de la producción de bienes y servicios, por lo que históricamente, si bien en un principio se trató de evitar los conflictos laborales prohibiéndolos y hasta reprimiéndolos, posteriormente, ante el recurrente estallido de disputas colectivas por los intereses contrapuestos presentes en las relaciones laborales,

que no siempre encontraban fórmulas de autocomposición para su superación, el Estado comprendió que debía jugar un papel activo en la búsqueda de los acuerdos necesarios entre las partes en conflicto.²⁰

Surgen así diferentes sistemas de solución de los conflictos laborales —especialmente de los colectivos—, casi siempre a través de la gestión de la administración del trabajo, la cual, mediante la actuación de algún funcionario que opera como tercero equidistante, cumple el rol de mediador o conciliador entre los actores sociales. Otra institución destinada a buscar una salida a los conflictos laborales ha sido y sigue siendo el arbitraje, el cual, aunque previsto en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países de Latinoamérica, ha sido poco utilizado en éstos en forma voluntaria, tanto en el plano individual como colectivo.²¹

El arbitraje en materia laboral está recogido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, el artículo 104 de la Ley Procesal del Trabajo establece que «las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje», o, el artículo 61 del Decreto Supremo n.º 010-2003-TR, que establece que «si no se hubiese llegado a un acuerdo de negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje».

Asimismo, debemos recordar que el inciso 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el Arbitraje (en adelante, Ley de

²⁰ MEZA SALAS, Marlon M. y Sara L. NAVARRO P. DE MEZA. «El arbitraje en el proceso laboral». En: *Revista sobre Relaciones Industriales y Laborales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), 2001, n.º 37, p. 5. Ver: <http://www.aje.com.ve/Arbitraje%20en%20materia%20Laboral%20-%20MMezaSNavarro.pdf>» <http://www.aje.com.ve/Arbitraje%20en%20materia%20Laboral%20-%20MMezaSNavarro.pdf>.

²¹ En este último ámbito, se observa una resistencia casi natural de las organizaciones sindicales a su utilización, por considerar que puede terminar constituyendo un obstáculo para el ejercicio de medidas de acción directa y de presión como la huelga, limitándose así su capacidad de lucha. *Ídem*.

Arbitraje), establece que «pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen». (El subrayado es nuestro).

Nadie puede negar que las controversias que puedan surgir entre un sindicato con la empresa, la rama o el gremio, son de libre disposición de las partes, por lo que nada impediría que —de común acuerdo— sometan dichas controversias a un arbitraje, tal y como está regulado por el referido Decreto Legislativo.

Esto último nos lleva a referirnos a una de las clasificaciones del arbitraje; a saber: por su fuente. De esta manera, a nivel doctrinario se reconoce al arbitraje voluntario y al arbitraje forzoso u obligatorio.

Es voluntario cuando son las partes en conflicto —actual o potencial— las que deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto hace la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza y de un reconocimiento tanto de la capacidad y pericia del árbitro, cuanto de su sentido de equidad. Por su parte, el arbitraje es forzoso cuando viene impuesto por voluntad del legislador, quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje.²²

Ahora bien, la figura tradicional del arbitraje o del convenio arbitral implica que éste sea pactado voluntariamente por las partes, ya que la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral.

En efecto, el ingreso a la jurisdicción arbitral requiere de la aceptación expresa de las partes. Ello no implica que el convenio arbitral

²² PAREDES CARBAJAL, Gustavo y Jaime GRAY CHICCHÓN. «Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción». En *Revista de Derecho Administrativo*. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, n.º 4, p. 205.

contenga todos los aspectos que regirán el arbitraje, puesto que, en defecto de mayor detalle, se aplicarán las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje. En ese sentido, un convenio arbitral simple que contenga el acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje, bastará para habilitar la vía arbitral, porque las partes así lo han querido.

Como bien señala García-Calderón,²³ esta autonomía de la voluntad está mencionada en la Ley General de Arbitraje²⁴ y lo estuvo también en el Código Civil de 1984, y fue así históricamente desde sus orígenes en el Perú, es decir, desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, siendo ésta la primera norma peruana que precisaba la consensualidad para someter la controversia a una solución privada o alternativa al Poder Judicial.

A entender de Baca,²⁵ el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo así su control judicial (salvo los tasados supuestos del recurso de anulación contra los laudos), pues esto sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.²⁶

²³ García-Calderón Moreyra, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En: *Ius et Praxis*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2001, n.º 32, p. 143.

²⁴ García-Calderón hace referencia a la Ley n.º 26572, ley vigente al momento de la redacción del referido artículo. Sin embargo, cabe precisar que la autonomía de la voluntad de las partes también se encuentra recogida en la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071.

²⁵ BACA ONETO, Víctor Sebastián. «Los medios «alternativos» de solución de conflictos en el derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)». En *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1, p. 232. http://www.limaarbitration.net/victor_sebastian_baca_oneto.pdf.

²⁶ El citado autor hace la precisión de que la situación es distinta respecto al establecimiento de mecanismos obligatorios de conciliación, pues nada obliga a llegar a un acuerdo y a excluir así el control judicial.

Por su parte, Trayter²⁷ afirma que no estamos en presencia de auténticos arbitrajes cuando la única vía, impuesta legalmente, es la del sometimiento a la decisión de unas personas denominadas árbitros.

El arbitraje obligatorio no es una figura nueva en nuestro ordenamiento, ya que en mejor ejemplo lo encontramos en el caso de las contrataciones públicas, en donde el arbitraje es una imposición de la propia ley y su inclusión en todo contrato que celebre el Estado para proveerse de bienes, servicios, obras o supervisión de las mismas, es obligatoria.²⁸

4.2. *Naturaleza del arbitraje establecido en la Sentencia n.º 03561-2009-AA y en las resoluciones posteriores*

En el caso materia del presente artículo, la vía del arbitraje ha quedado establecida no legalmente, sino como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, ya que el Tribunal Constitucional ha establecido que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste será determinado mediante arbitraje.

En tal sentido, surgió la pregunta de si estábamos frente a un arbitraje forzoso u obligatorio o si nos encontrábamos frente a otro tipo de arbitraje, tal vez, frente a un arbitraje optativo (también denominado potestativo).²⁹

²⁷ Citado por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En *Advocatus*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2007, n.º 16, p. 185.

²⁸ Para mayores alcances, ver CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El Arbitraje en la Contratación Pública*. En *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Palestra Editores, 2009.

²⁹ Cabe precisar que también se presentaron otras interrogantes a raíz de la Sentencia bajo comentario. Así, por ejemplo, cabe preguntábamos si se trataría de un arbitraje de derecho o de conciencia.

Dado que la Sentencia no decía nada sobre el particular, se tendría que aplicar lo

En efecto, en relación a esta clasificación del arbitraje, Cárdenas³⁰ señala como una de las principales diferencias entre el arbitraje común y el arbitraje laboral, es que el primero es eminentemente voluntario, mientras que el laboral además puede ser obligatorio u optativo, de acuerdo con el evento en el cual se presente.

Estas y otras interrogantes dieron lugar a que el Tribunal Constitucional tenga que precisar —hasta en dos oportunidades— los alcances sobre la naturaleza del arbitraje establecido en la Sentencia bajo comentario.

Así, mediante Resolución de fecha 1 de marzo de 2010, el Tribunal Constitucional —ante un pedido de la Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao— precisó que el arbitraje referido en la Sentencia «es el establecido y regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo».

dispuesto por los incisos 1 y 3 de del artículo 57 de la Ley de Arbitraje que establece lo siguiente:

Artículo 57.- «Normas aplicables al fondo de la controversia.

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.

[...]

3. En cualquiera de los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.

[...]». (El subrayado es nuestro).

En tal sentido, en principio se trataría de un arbitraje de derecho, salvo, que las propias partes pacten que fuese un arbitraje de conciencia.

De la Sentencia bajo comentario tampoco se desprendía si la controversia sería resuelta por un Tribunal Arbitral colegiado o por Árbitro Único. Asimismo, deberíamos presumir que se trataría de un arbitraje ad hoc, salvo, obviamente, que las partes pacten someter sus controversias a uno administrado.

³⁰ CÁRDENAS LANERIEL, Ximena. «Arbitramento laboral como medio de solución de los conflictos económicos». (Tesis). Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 51. En <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis03.pdf>.

Luego, mediante Resolución de fecha 10 de junio de 2010, el Tribunal Constitucional se vio en la necesidad de aclarar nuevamente la Sentencia, indicando que «la determinación de que ante la falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, dicho nivel debe fijarse mediante arbitraje, no es una decisión ex novo o que emane de la llana voluntad de los miembros de este Colegiado, sino que proviene de la integración razonable del vacío generado por la inconstitucional advertida, a través de la aplicación del artículo 61 del Decreto Supremo n.º 010-2003-TR, cuyo contenido dispositivo es materialmente idóneo para ello». (El subrayado es nuestro).

4.2.1. ¿Vacío o laguna del Derecho?

En primer lugar, no podemos dejar de expresar nuestra extrañeza en torno a la «integración de un vacío» a la que hace referencia el Tribunal Constitucional en la resolución aclaratoria.

Como sabemos, el vacío del Derecho es «un suceso para el que no existe norma jurídica aplicable y que se considera que no debe estar regulado por el Derecho rigiéndose, en consecuencia, por los principios hermenéuticos aplicables».³¹

³¹ RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 280.

Con respecto a los principios hermenéuticos aplicables, Rubio señala que éstos son fundamentalmente dos:

- El de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe [literal a. del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política], para aquellas situaciones en las que el agente se rige por el principio de la libertad personal y,
- El de que sólo puede hacerse lo que está expresamente atribuido, con ejercicio de la discrecionalidad cuando es aplicable, en los casos en que rige el principio de la competencia asignada. Tal [es] el caso de los funcionarios públicos e, inclusive, de muchos funcionarios privados (los gerentes, por ejemplo, que no actúan bajo el principio de la libertad sino de acuerdo a las funciones que expresamente les asigna la ley, los estatutos de su institución y los organismos directores).

Para Marcial Rubio,³² existen dos claros casos, en los que se manifiesta de manera obvia el vacío del Derecho. Uno, cuando el órgano que tiene la atribución normativa, rechaza expresamente dictar la norma correspondiente mediante una decisión desestimatoria del proyecto; el otro, cuando se deroga la norma que regulaba previamente la situación sin sustituirla por otra. En ambos casos ocurre que por decisión expresa se ha optado por no establecer norma jurídica.

Por su parte, la laguna del Derecho es considerada como «[...] aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debería estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto».³³

Resulta evidente que las consecuencias jurídicas de la laguna del Derecho y del vacío del Derecho son totalmente distintas, en la medida que con respecto a la primera, existe un problema cuya solución es

³² RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 282.

³³ RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 280.

Se pueden presentar lagunas del Derecho en los siguientes supuestos:

- (i) Cuando el caso que carece de norma tiene una racionalidad que es sustantivamente igual a la de otro caso sí normado, aun cuando ambos son fenoméricamente distintos. Es decir que siendo hechos diferentes en sus apariencias, tienen una esencia común o una lógica encadenada. Ello nos lleva a la analogía y a la ratio legis que la sustenta.
- (ii) Cuando el caso, de no recibir respuesta jurídica, generaría una consecuencia que agravia los principios generales del Derecho. Esto nos lleva al problema de integración mediante la recurrencia a dichos principios.
- (iii) Cuando el Derecho ha producido una norma genérica pero vigente, y por lo tanto exigible en sí misma, que requiere una normatividad reglamentaria aún no promulgada. Tal, por ejemplo, la norma constitucional que establece la instauración del salario familiar, en tanto aún no se ha legislado en forma concreta cómo se calculará y pagará. Es lo que teóricamente se denomina laguna técnica.

(RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 282.).

la integración jurídica; en cambio, en torno al segundo, no existe problema alguno, por lo que no se debe integrar norma alguna.

Sin embargo, ante el vacío advertido por el propio Tribunal Constitucional, no se aplicó ningún principio hermenéutico, sino que el Tribunal Constitucional optó —sorprendentemente— por la integración jurídica, que, como sabemos, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable al caso y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas, sino que en realidad crea una norma para el caso.³⁴

En otras palabras, el Tribunal Constitucional consideró que —a pesar de estar frente a un vacío— este supuesto sí debía estar regulado por el Derecho, para lo cual acudió —en estricto— a la analogía como método de integración del Derecho.

En efecto, como bien señala Véscovi,³⁵ la analogía consiste en la decisión de una controversia no prevista y/o resuelta por la ley, sobre la base de la semejanza que existe entre el supuesto no regulado y otro que sí ha sido regulado. En otras palabras, frente a un caso que no ha sido previsto por el legislador, se aplican las consecuencias jurídicas que han sido previstas para un supuesto semejante a aquél.³⁶

³⁴ RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 285.

³⁵ VÉSCOVI, Enrique. *Introducción al Derecho*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial IB de F, 2005, p. 161.

³⁶ Para que proceda la integración analógica es necesario que concurren tres presupuestos:

- La existencia de una laguna; esto, por cuanto la analogía es un método de integración y no de interpretación.
- Que exista semejanza entre el caso previsto por el legislador y el caso que tiene que resolver el juzgador y que no ha sido previsto por el ordenamiento jurídico.
- La semejanza debe existir en la finalidad que tuvo el legislador para dictar la norma. Así, no basta el parecido exterior de las dos situaciones —la prevista y la no prevista—, sino que es indispensable que cuando se aplica el caso análogo a la laguna, se esté cumpliendo con la misma finalidad (*ratio legis*) que

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que cuando el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se originó una laguna del derecho y no un vacío.

4.2.2. *Arbitraje potestativo*

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional afirma que estaríamos frente a un arbitraje potestativo y no frente a un arbitraje obligatorio, como inicialmente podríamos haber supuesto.

En efecto, a entender del Tribunal Constitucional, dado que se aplica —por analogía— el artículo 61 del Decreto Supremo n.º 010-2003-TR, no estaríamos frente a un arbitraje obligatorio, «en razón de que su instauración es dependiente de la voluntad de las partes»

Así, en el considerando número 6 de esta última resolución, se establece que «el arbitraje en el ámbito laboral es, cuando menos, de tres clases: voluntario (cuando se establece de consuno entre las partes), potestativo (cuando una de las partes tiene la capacidad de obligar a la otra a heterocomponer el desacuerdo a través de la intervención del árbitro) y obligatorio (cuando el arbitraje viene impuesto por una tercera voluntad, distinta de la de las partes)».

Para llegar a la conclusión de que, en el presente caso, estamos frente a un arbitraje potestativo, el Tribunal Constitucional hizo referencia al artículo 62 del Decreto Supremo n.º 010-2003-TR, precepto que establece que ante la ausencia de acuerdo entre las partes, los trabajadores pueden, alternativamente al arbitraje, declarar la huelga.

Asimismo, reitera que el derecho a huelga es un derecho fundamental reconocido y protegido por la Constitución. De allí que —a entender del Tribunal Constitucional— sea imperativo interpretar la normas laborales de forma tal que, respetándose el derecho fundamental a la huelga, se facilite, promueva y garantice métodos alternativos para la solución del conflicto.

Así, en el considerando número 8 de la Resolución, de fecha 10 de junio de 2010, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

8. Que, en tal sentido, si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo n.º 010-2003-TR, y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo, y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto.

De esta manera, el Tribunal Constitucional —al precisar que estamos frente a un arbitraje potestativo— buscaría evitar que, en caso de que los trabajadores optaran por acudir al arbitraje, el empleador pueda, con su negativa, frustrar esta vía heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga.

Ello no sólo se opondría al deber del Estado de promover y fomentar formas pacíficas de solución del conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta indirectamente por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental.³⁷

A entender del Tribunal Constitucional, «solo así cobra cabal sentido la especificación realizada por el artículo 63 del Decreto Supremo n.º 010-2003-TR, conforme a la cual <[d]urante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del

tuvo el legislador al crear la norma o la misma finalidad que surge de la investigación del fundamento de la disposición existente

(VÉSCOVI, Enrique. *Op. cit.*, p. 163).

³⁷ Segundo párrafo del considerando número 8 de la Resolución de fecha 10 de junio de 2010.

diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador». En efecto, esta última precisión solo tiene sentido si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61 del mismo Decreto no requiere de dicha aceptación».

Sobre el particular, Gamboa³⁸ señala que si bien el Tribunal Constitucional señala que el carácter potestativo del arbitraje en materia laboral se desprende del deber del Estado de promover «formas de solución pacífica de los conflictos laborales» y que «el derecho a la huelga debe ser reconocido, pero no promovido o fomentado», llama la atención que su decisión puede desincentivar el trato directo entre empleador y sindicato, al tener cualquiera de las partes la potestad de obligar a la otra a someterse a un arbitraje.

Así, a entender del citado autor, el hecho de que un árbitro pueda definir el pliego de reclamos por la sola solicitud del sindicato, conduce a que sindicatos con reducido poder de negociación tengan un incentivo para romper el trato directo con el empleador.

Finalmente, el Tribunal Constitucional hace referencia al artículo 46 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo n.º 011-92-TR, precepto que establece que «al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61 de la ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga», de conformidad con el artículo 62 de la ley.

En conclusión, la resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional no sólo ha precisado que el arbitraje para determinar el nivel de la

³⁸ GAMBOA, Felipe. *El arbitraje potestativo en materia laboral*. En <http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=18&t=el-arbitraje-potestativo-en-materia-laboral>» <http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=18&t=el-arbitraje-potestativo-en-materia-laboral>.

negociación es de carácter potestativo, sino que además ha precisado que ese es el carácter del arbitraje de la propia negociación colectiva cuando las partes no arriban a un acuerdo sobre el pliego en trato directo.

Lima, octubre del 2010

LA «CLÁUSULA *FORK IN THE ROAD*» Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Mario Castillo Freyre
Franz Stirnimann Fuentes
Elena Sevilla Sánchez

LA «CLÁUSULA *FORK IN THE ROAD*»
Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Mario Castillo Freyre*
Franz Stirnimann Fuentes*
Elena Sevilla Sánchez*

Sumario: Agradecimiento.— 1. Introducción.— 2. Las «cláusulas *fork in the road*» en general.— 2.1. Origen y ámbito de aplicación de la «cláusula *fork in the road*».— 2.1.1. El aforismo «*electa una vía non datur recursos ad alterem*» como principio inspirador de la «cláusula *fork in the road*».— 2.1.2. La «cláusula *fork in the road*» y los diversos tipos de arbitraje y convenios arbitrales.— 2.1.2.1. El arbitraje nacional.— 2.1.2.2. El arbitraje internacional entre particulares.— 2.1.2.3. Arbitrajes de inversión: disposiciones sobre solución de controversias.— 2.2. Definición de la «cláusula *fork in the road*».— 2.2.1. Delimitación de la «cláusula *fork in the road*» por el APPRI.— 2.2.2. El alcance de la «cláusula *fork in the road*»: los tribunales nacionales o internos.— 3. Consideraciones prácticas referentes a la aplicación de la «cláusula *fork in the road*».— 3.1. «Cláusula *fork in the road*» y cláusula de la nación más favorecida.— 3.2. Formulación de «cláusula *fork in the road*» (análisis caso por caso).— 3.3. Examen del criterio de la triple identidad.— 3.4. Distinción entre incumplimiento de un contrato de inversión e incumplimiento del APPRI.— 3.5. Evolución

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado colegiado en Lima, Peru, profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Catedrático en la Universidad de Lima, Socio del Estudio Mario Castillo Freyre, www.castillofreyre.com.

* Franz Stirnimann Fuentes, Licenciado y Doctor en Derecho, LL.M. (Georgetown), Abogado colegiado en Nueva York, Inglaterra y Gales y Ginebra, Abogado Senior del estudio LALIVE, Ginebra, Suiza, www.lalive.ch.

* Elena Sevilla Sánchez, Licenciada y Magíster en Derecho, abogada colegiada en Madrid.

hacia una flexibilización del criterio de la triple identidad.— 4. Problemas recurrentes de la «cláusula *fork in the road*».— 4.1. Problemas que atañen al inversor.— 4.2. «Cláusulas *fork in the road*» y medidas cautelares.— 4.3. Problema de dobles daños y perjuicios como resultado de procesos paralelos.— 5. ¿Hacia dónde van o deberían ir las «cláusulas *fork in the road*».

AGRADECIMIENTO

Debemos comenzar estas palabras expresando nuestra gratitud a la asociación de juristas Andrés Bello, así como a la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá, por habernos invitado para participar como expositores en este congreso sobre arbitraje de inversión que se celebró el año pasado en la Ciudad de Panamá. Igualmente, debemos agradecer a Francisco Victoria-Andreu, por la coordinación de la publicación de este artículo.

Asimismo, queremos felicitar a la asociación de juristas Andrés Bello por el permanente impulso que brinda al desarrollo del Derecho y a la integración entre los académicos y abogados de Europa y América Latina, quienes vamos descubriendo, poco a poco, que tenemos infinidad de intereses comunes, así como materias objeto de estudio y desarrollo, que constituyen retos que debemos asumir en conjunto. El mundo cada día es más uno solo, y los abogados y profesores de Derecho estamos hablando un lenguaje que cada día sentimos más común y unificado entre nosotros. Este camino que el mundo y el Derecho han tomado, es un camino sin retorno.

1. INTRODUCCIÓN

La «cláusula *fork in the road*» es en la actualidad un principio ineludible de la práctica procedimental internacional inspirada en el aforismo *electa una vía non datur recursos ad alterem*. Establecida como consecuencia del principio de *res judicata*, la mencionada cláusula es especialmente relevante en el contexto del arbitraje internacional, y en

concreto del arbitraje de inversiones por constituir un mecanismo capaz de evitar, o en todo caso limitar que dos procesos paralelos se lleven a cabo con los riesgos de contradicción que ello comporta. Sin embargo, la aplicación de la «cláusula *fork in the road*» comporta una serie de dificultades prácticas recurrentes. El objetivo de este estudio será, precisamente, el de aportar algunos elementos de respuesta para conseguir dotar de efectividad a la «cláusula *fork in the road*».

Con este fin deberán efectuarse algunas consideraciones previas, referidas tanto a la naturaleza del principio que inspira estas cláusulas, como al tipo de arbitraje en el que se suelen emplear. A continuación revisaremos las particularidades prácticas del mecanismo de las «cláusulas *fork in the road*», y por ende, los problemas recurrentes que se derivan de la aplicación de las mismas. Analizaremos además la posible evolución de las «cláusulas *fork in the road*» y esbozaremos, a modo de conclusión, algunas recomendaciones que tratan de aportar soluciones a la problemática de los procedimientos paralelos.

2. LAS «CLÁUSULAS *FORK IN THE ROAD*» EN GENERAL

2.1. Origen y ámbito de aplicación de la «cláusula *fork in the road*»

2.1.1. El aforismo «*electa una vía non datur recursus ad alterem*» como principio inspirador de la «cláusula *fork in the road*»

Un viejo aforismo romano indica que *electa una via non datur recursus ad alterem*, lo que significa que una vez elegida una vía o camino no se puede elegir otra. Este viejo aforismo se halla muy difundido en diversas áreas del Derecho Civil de la tradición jurídica romano germánica.

En Derecho Civil, por ejemplo, se aplica este aforismo en materias muy tradicionales y sustantivas del mismo, dentro del Derecho de Obligaciones y Contratos. Así, refiriéndonos al Derecho de Obligaciones, encontramos que este aforismo se aplica, por ejemplo, cuando nos

encontramos en presencia de una obligación de dar un bien incierto. Los Códigos Civiles son, prácticamente, unánimes al señalar que una vez escogido el bien incierto, y comunicada la elección al acreedor, el deudor no podrá desdecirse de la elección y tomar un camino distinto, entendiendo por ese camino distinto el escoger un bien diferente. Así también lo podemos apreciar en el caso de las obligaciones alternativas cuando, correspondiendo al deudor la elección de la prestación a ejecutar, éste escoge alguna de ellas; lo que determina que después de efectuada la elección, el camino seguido se convierta en irreversible, no pudiendo adoptar alguno de los otros caminos por los que pudo haber transitado antes de elegir dicha prestación.

También apreciamos la presencia del aforismo *electa via non datur recursus ad alterem* cuando, escogida una prestación alternativa, ésta no consiste en una prestación única sino en un conjunto de prestaciones, todas las cuales deben ejecutarse. Así, una vez elegido uno de los conjuntos, generalmente no cabe ejecutar un conjunto parcialmente y otro en la misma condición. Es decir, o se cumple ejecutando el conjunto completo de prestaciones o se produce el incumplimiento de la obligación. En otras palabras, una vez escogido un camino no se permite al deudor transitar por otro.

Siempre en Derecho de Obligaciones, tenemos el caso en el cual algunos Códigos Civiles conceden la subrogación convencional a aquel mutuante que presta dinero al deudor de una obligación con la finalidad expresa de que este último pague una deuda que mantiene con un tercero. En estos casos, a pesar de que las leyes no suelen decirlo expresamente, resultará claro que el mutuante no podrá cobrar a ese deudor dos veces; lo que equivale decir que, o le cobra la suma prestada subrogándose en la posición del acreedor o la intenta cobrar directamente desde su posición de mutuante. Resulta evidente que una vez que ese acreedor adopte uno de los dos caminos que le franquea la ley para lograr sus objetivos, no podrá intentarlo a través del camino alternativo, ya que ambos resultan excluyentes entre sí. Aquí también podemos apreciar que, una vez adoptado un camino, no resulta posible seguir el otro.

Otro caso emblemático en la teoría del Derecho Civil es aquél relativo a los daños y perjuicios moratorios y los intereses moratorios. Es verdad que no todas las legislaciones conceden a los acreedores la posibilidad de reclamar intereses moratorios sobre bienes distintos al dinero. Sin embargo, en aquéllas que sí conceden esta posibilidad se discute si resulta posible o no reclamar, en caso de mora, una indemnización de daños y perjuicios moratorios o exigir únicamente el pago de los intereses moratorios. En legislaciones civiles como la peruana, no resultaría concebible la acumulación de ambas pretensiones, ya que los intereses moratorios cumplen función indemnizatoria, razón por la cual el acreedor perjudicado deberá escoger el camino de exigir daños y perjuicios moratorios o el camino de exigir intereses moratorios.

Y así podríamos seguir citando ejemplos dentro del Derecho Civil, en donde si bien en muchos casos la ley concede alternativas a favor del titular de un derecho, tales alternativas quedan a su entera discreción, pero una vez escogida una de ellas, la decisión es irreversible. Esta irreversibilidad se manifiesta en el orden sustantivo mas no en el procesal y se basa en la idea de que el Derecho considera inapropiado el seguimiento de dos o más caminos alternativos; ello, debido a distintas razones. La primera se basa en que el Derecho estima injusto o inequitativo que el acreedor obtenga un doble beneficio de lo estipulado en la ley. Nótese que de lo que estamos hablando es de vías o caminos que el Derecho establece para reclamar un derecho o para reparar una situación de injusticia. Dentro de tal orden de ideas se estima que dicho derecho o dicha injusticia se obtiene o repara una sola vez y no dos veces, por lo que la ley exige seguir un solo camino en aras de su obtención. Por otra parte, la irreversibilidad del camino seguido encuentra su fundamento en la seguridad jurídica, en la medida de que al Derecho le interesa precisar la controversia o prestación en una vía y no en varias; y esto abona a favor de la previsibilidad o seguridad que los contratantes deben tener en sus relaciones jurídicas.

En adición a lo expuesto, la aplicación del aforismo *electa via non datur recursus ad alterem* encuentra su razón de ser en la seriedad que atraviesa a todo ordenamiento jurídico. Nótese que en derecho

sustantivo las afirmaciones o aclaraciones de las partes por regla general son irreversibles, lo que implica que en sede de obligaciones y contratos el Derecho no acepta, no tolera y no fomenta el arrepentimiento. Tal vez en algunos casos excepcionales en que el Derecho Civil se acepta el arrepentimiento, son aquéllos de las arras penitenciales o de retracción, del desistimiento unilateral o de la resolución unilateral en los contratos celebrados a plazo indeterminado, en donde, como muy pocas veces ocurre, el Derecho permite dar marcha atrás en la decisión adoptada. Esto no hace sino recordarnos que el Derecho auspicia la seriedad en las relaciones jurídicas, en aras del cumplimiento de una de sus funciones esenciales, cual es ordenar las relaciones entre las personas.

2.1.2. *La «cláusula fork in the road» y los diversos tipos de arbitraje y convenios arbitrales*

Uno de los aspectos que resulta necesario abordar en esta exposición es el relativo a los diferentes tipos de arbitraje y los convenios arbitrales que les son propios; ello, a exclusivos efectos de esclarecer en qué clase de arbitraje son aplicables las «cláusulas *fork in the road*».

2.1.2.1. *El arbitraje nacional*

La Ley Modelo UNCITRAL establece en el inciso 3 de su primer artículo, los criterios en virtud de los cuales se considera a un arbitraje como internacional; estableciendo que lo será si las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes o si uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos: el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje o 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. Dentro de tal orden de ideas, *contrario sensu*, el arbitraje nacional será aquél que no se encuentre dentro de alguno de los supuestos que acabamos de mencionar.

En un arbitraje nacional, las materias procesales y de competencia resultan mucho más simples que en un arbitraje internacional y las consideraciones que motivan la adopción de convenios arbitrales —en un arbitraje nacional— obedecen a razonamientos más sencillos que en el arbitraje internacional, limitándose, generalmente, a si las partes contratantes confían más en los tribunales ordinarios o en los tribunales arbitrales, a efectos de solucionar sus eventuales futuras controversias.

Es en razón de esa confianza o desconfianza, que las partes generalmente sólo elegirán una vía. En otras palabras, si las partes confían en la idoneidad de los tribunales ordinarios de justicia, pues omitirán referirse a la solución de controversias (ya que por defecto aquéllos son competentes) o harán mención expresa a que la justicia ordinaria será la competente para dirimir tales controversias. Caso contrario, incluirán una cláusula arbitral en la que se haga expresa mención de que los únicos competentes para solucionar tales controversias serán los tribunales arbitrales que a estos efectos se constituyan.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro entonces que en los arbitrajes nacionales no se pacta la opción de acudir a la vía ordinaria o a la vía arbitral. No obstante, a menudo, en la legislación latinoamericana no existe prohibición alguna para convenir una cláusula que contenga tal opción, a pesar de lo cual las partes no recurren a ella. Pero si lo hiciesen, más allá de que se establezca o no esto expresamente, quedaría claro que cuando alguno de los contratantes decidiera seguir uno de estos caminos, tal elección devendría en irreversible en lo que respecta a la pretensión de que se trate. En tal situación, resultaría de meridiana claridad que la parte que recurra a un tribunal arbitral o a un tribunal ordinario exigiendo determinada pretensión, no podría a la vez ni posteriormente, recurrir a un tribunal —sea de la naturaleza que fuere— para reclamar con respecto a la misma pretensión, a menos, claro está, que se hubiese desistido del proceso y la contraparte hubiera aceptado tal desistimiento. Lo que queremos expresar es que de existir tal bifurcación de caminos, la elección de un camino es irre-

versible, no sólo por oposición al camino no escogido, sino por el hecho de que ni siquiera será posible intentar seguir —en el futuro— idéntico camino que aquél que se escogió. La bifurcación de caminos, entonces, implica no sólo irrevocabilidad del camino escogido, sino que torna irreversible el tránsito por aquél que se escogió.

En adición a lo expuesto, podemos señalar que tal elección de caminos sólo tiene esas características en torno a la pretensión planteada, no extendiéndose la misma en relación a eventuales futuras pretensiones que pudieran tener tanto la parte accionante como su contraparte. Esto significa que la cláusula de bifurcación de caminos es susceptible de permitir tantas elecciones de caminos como eventuales pretensiones procesales tengan las partes.

Ahora bien, en una situación como la descrita uno podría imaginar que podrían ser de lo más diversas las razones que conduzcan a las partes a optar por un camino o por otro en cada una de las circunstancias. No obstante, tratándose de un arbitraje nacional, sería difícil imaginar las razones por las cuales una misma parte optara en una oportunidad por un camino y en otra por el camino opuesto. En teoría la razón que podría conducir a tal proceder sería aquélla en virtud de la cual la elección precedente no haya resultado satisfactoria para quien eligió o para su contraparte, si fuese ésta a quien correspondiese la nueva elección. Sin embargo, todo lo antes expuesto se reduce —lo reiteramos— al terreno meramente teórico, en la medida de que, como hemos señalado, las cláusulas de bifurcación de caminos no suelen formar parte de los convenios arbitrales encaminados al desarrollo de arbitrajes nacionales.

No obstante, como se ha podido apreciar, su inclusión resultaría perfectamente factible. Estimamos que las partes no incluyen tales convenios en arbitrajes nacionales en razón a que el tenor de los mismos plantearía, de por sí, una incertidumbre con respecto al tribunal natural para las futuras controversias entre las partes; y, generalmente, los convenios arbitrales intentan despejar cualquier atisbo de incertidumbre. Es inusual en los arbitrajes nacionales confiar por igual en la

administración de justicia ordinaria que en la administración de justicia arbitral, y la sola bifurcación de caminos —al representar una alternativa— concede igual grado de confianza a ambos tipos de tribunales, situación que en la práctica resulta casi imposible de presentarse. El sentido común informa que siempre se confiará más en los tribunales de una de las dos clases. En este sentido, bastará que uno de los dos futuros contratantes confíe más en los tribunales ordinarios, para que no acepte la cláusula de bifurcación de caminos y el contrato o no diga nada sobre jurisdicción o establezca la de los tribunales ordinarios. Por lo demás, como es evidente, para pactar un convenio arbitral no bastará con que una de las partes lo quiera. Además, la cláusula de bifurcación de caminos presentaría determinados problemas que las partes desean evitar.

La «cláusula *fork in the road*» no solamente resulta casi inexistente en el arbitraje nacional (como hemos venido demostrando), sino que además es inidónea. Las cláusulas que plantean una bifurcación de caminos, no dejan de ser susceptibles de generar confusión y ello no solamente desde el punto de vista interpretativo. Las «cláusulas *fork in the road*» pueden además resultar ambiguas respecto de la competencia de los tribunales ordinarios frente a una cláusula arbitral. No hay que olvidar que, tradicionalmente, los jueces de Latinoamérica se han mostrado reticentes¹ a declararse incompetentes en controversias basadas en contratos contenedores de una cláusula arbitral. Dentro de tal orden de ideas, las cláusulas de bifurcación de caminos podrían representar un factor de duda o incertidumbre ante los jueces del Poder Judicial. En tal virtud, y siendo las partes conscientes de ello, nunca conviene este tipo de cláusulas.

Directamente relacionado con el punto anterior se encuentra el referido a la reticencia de la parte incumpliente. En tal sentido, y como

¹ RIVERA, J. «Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje». En *Seminario sobre Arbitraje en América Latina* organizado por la ICC. Miami, 2005.

ocurre a menudo con las denominadas cláusulas patológicas, mientras menos clara sea la cláusula arbitral, más armas tendrá la parte reticente al cumplimiento de sus obligaciones para dilatar el inicio del proceso arbitral.

La confusión antes descrita conduce a que se intenten seguir en paralelo procesos arbitrales y judiciales que versen sobre idénticas controversias. Todos conocemos que los meses y hasta años que se pierden en estas cuestiones prearbitrales o extra arbitrales, son muy dañinos para el desarrollo del arbitraje, así como a su eficacia como mecanismo para la solución de controversias.

De otro lado, la eventual inclusión de una cláusula de bifurcación de caminos destinada a regular procesos nacionales elevaría los costos de defensa de las partes, en la medida de que las mismas deberían contar —a la vez— con la asesoría de especialistas en arbitrajes y con especialistas en procesos judiciales, expertos que usualmente no comparten ambas calidades.

Es cierto que se podría argumentar que la cláusula de bifurcación de caminos representa, al fin y al cabo, una alternativa sobre la cual harán inventario las partes. Sin embargo, no necesariamente esta consideración nos conducirá a afirmar que la libre elección implicará menores costos; pues al fin y al cabo, los eventuales menores costos de una parte, no representan la integridad de costos de un proceso arbitral, los mismos que en su conjunto generalmente serán más altos, en la eventualidad de que se presenten sucesivas controversias que se sigan en sedes diferentes: unas en los tribunales ordinarios y otras ante tribunales arbitrales.

2.1.2.2. El arbitraje internacional entre particulares

Conforme a lo expresado oportunamente, el artículo 1 de la Ley Modelo UNCITRAL nos da la pauta a efectos de saber cuándo nos encontramos frente a un arbitraje internacional.

A pesar de no existir inconveniente conceptual alguno (ni en las definiciones dadas por la ley modelo ni en las leyes de arbitraje latinoamericanas en general) para pensar que un convenio arbitral que contemple un futuro arbitraje internacional, pudiera incluir una cláusula de bifurcación de caminos, la práctica nos enseña que tal situación es inusual, siendo la regla que las partes incluyan cláusulas arbitrales con sometimiento expreso a alguna institución que maneja el arbitraje internacional, como es el caso de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o, simplemente, un arbitraje *ad-hoc*.

Consideramos que las razones que motivan a que las partes no incluyan cláusulas de bifurcación de caminos en el arbitraje internacional, son las mismas que conducen a que tales estipulaciones se hallen ausentes en los convenios arbitrales destinados a regular arbitrajes nacionales.

2.1.2.3. Arbitrajes de inversión: disposiciones sobre solución de controversias

a. La «cláusula fork in the road» especialmente utilizada en el arbitraje de inversión

El arbitraje de inversión es aquél que se halla contemplado dentro de un tratado multilateral de ámbito internacional o regional o bien en un acuerdo bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI).

Como sabemos, con el desarrollo de las comunicaciones, el comercio fue difundiendo la multiplicación de las inversiones entre los países. Muchos fueron los abusos de Estados con respecto a inversionistas extranjeros en relación a las mencionadas inversiones. A menudo, dichos abusos son consecuencia de problemas entre el referido Estado y el Estado del cual forma parte el inversionista. Sin embargo, muchos otros conflictos —tal vez la mayoría— se han derivado de consecuencias de cambio de rumbo en materia política. Mientras que los gobiernos liberales suelen

favorecer la inversión extranjera y el respeto a la misma, los gobiernos de corte estatista adoptan medidas que van de la mano con su ideología, procediendo a frenar las inversiones extranjeras, estatizando las existentes y prohibiendo las futuras. En este contexto aparecen mecanismos de protección para dichas inversiones, representados por tratados bilaterales de inversión o de protección recíproca de inversiones que garantizan a los inversionistas de uno de los dos Estados suscriptores, cuando inviertan en el Estado del que no son nacionales, protección para sus inversiones. Estos tratados impiden que el Estado receptor de la inversión pueda abusar de su posición perjudicando al inversionista.

Dichos tratados, por lo general, incluyen disposiciones sobre solución de controversias, las mismas que comúnmente se enmarcan dentro del denominado Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Dentro de los diversos esquemas sobre solución de controversias, existen mecanismos según los cuales el inversionista debe someter primero la controversia a los tribunales nacionales, pudiendo acudir al arbitraje internacional siempre que: (i) haya transcurrido un determinado período sin que se haya dictado sentencia o (ii) no se hubieran amparado sus pretensiones. Asimismo, puede que el inversor se vea obligado a elegir entre acudir ante los tribunales ordinarios o los tribunales arbitrales en virtud de las denominadas «cláusulas *fork in the road*» o «cláusulas de bifurcación de caminos».

En el arbitraje de inversión, las «cláusulas *fork in the road*» siguen el siguiente esquema:

- a. Se prevé que ante el surgimiento de una controversia entre el inversionista y el Estado parte (receptor de la inversión), se inicie un período de negociación encaminado a obtener un

acuerdo amistoso, vale decir una transacción (en los APPRI encontramos distintos plazos para esta etapa; algunos establecen 3 meses, otros 6 meses).

- b. Pero la «cláusula *fork in the road*» propiamente dicha consiste en el mecanismo de otorgar a las partes la alternativa entre solicitar el inicio de un arbitraje o recurrir a los tribunales ordinarios del país receptor de la inversión.

Los APPRI suelen ofrecer a los inversionistas extranjeros la posibilidad de elegir entre varias reglas e instituciones arbitrales. Así, por ejemplo, los mecanismos previstos en la Ley Modelo UNCITRAL, el Convenio CIADI, el Reglamento de Mecanismos Complementarios del CIADI,² la Cámara de Comercio Internacional de París, etc.

En el caso de las «cláusulas *fork in the road*», cuando una parte elija seguir uno de estos dos caminos tal elección será irreversible, lo que implica que no podrá reclamar la misma pretensión en sede distinta. Esto equivale a decir que si se acude ante un tribunal arbitral, luego no se podrá recurrir al Poder Judicial del país receptor de la inversión; en tanto que si se acude al Poder Judicial a efectos de hacer valer la pretensión, posteriormente, no se podrá acudir a los tribunales arbitrales por la misma pretensión.

El fundamento de la bifurcación de caminos ya ha sido explicado en extenso en esta exposición y la prohibición de acudir a la vía no escogida en un inicio resulta por demás evidente, pues se ampara en razones de litispendencia o de cosa juzgada, según sea el caso.

Sin embargo, existen varias razones que explican la mayor presencia de las «cláusulas *fork in the road*» en los arbitrajes de inversión respecto de otros tipos de arbitraje. El primer argumento

² A efectos de que el CIADI administre arbitrajes cuyas materias sean controversias relativas a inversiones en las que una de las partes no sea un Estado parte o un nacional de un Estado parte del Convenio de Washington.

podría girar en torno a la presión que, eventualmente, pueden ejercer los propios Estados contratantes para que —en los tratados y acuerdos que suscriben entre sí— no desaparezca la presencia de la función jurisdiccional de cada Estado.

Tanto los Estados exportadores de inversiones (y sus nacionales), como los Estados receptores ven con buenos ojos la mediación de un tratado bilateral de inversión o los tratados de protección recíproca de inversiones, incluyan disposiciones sobre solución de controversias en las que prime el arbitraje. Ello se debe a que, por un lado, los Estados exportadores de inversiones (y sus nacionales inversores), generalmente desconfían de la justicia ordinaria de los países receptores de inversiones (como consecuencia de los riesgos que pueden suponer la corrupción, lentitud, falta de competencia profesional e intromisión del poder político frecuentes en los mencionados países). Por otro lado, los países receptores de inversión prefieren que las eventuales controversias surgidas con inversionistas extranjeros se resuelvan en sus propios tribunales, lo que se infiere en lo expresado anteriormente.

Es así que a juicio nuestro las «cláusulas *fork in the road*» pueden ser entendidas —en cierta forma— como una transacción entre el Estado exportador de inversiones y el Estado receptor de las mismas.

- b. *¿La suscripción del APPRI obliga a los nacionales a someterse a la «cláusula fork in the road»?*

Por otra parte, es necesario precisar que a pesar de que los tratados bilaterales de inversión y de protección recíproca de inversiones, son suscritos entre Estados y no por los futuros inversionistas, tales tratados sí tienen fuerza vinculante para obligar a los inversionistas (sus nacionales) a acudir a la vía arbitral, cuando se ha establecido ésta como única vía de solución de controversias.

Sin embargo, lo que sucede en la mayoría de los casos, es que los Estados acogen en los APPRI alguno de los distintos esquemas de disposiciones sobre solución de controversias que ya hemos señalado y entre los cuales se encuentran las «cláusulas *fork in the road*».

La «cláusula *fork in the road*» —como sabemos— otorga la posibilidad de que sea el nacional (el inversionista) el que elija a qué vía acudir para solucionar determinada controversia. En efecto, debemos tener presente que cabría la posibilidad —aunque remota— de que una vez surgida la controversia, el inversionista prefiriera acudir a los tribunales ordinarios de justicia, ya que —como veremos en el siguiente punto— ningún convenio arbitral lo vincula con el Estado receptor de la inversión.

Es así que las «cláusulas *fork in the road*» no son sólo resultado de una transacción entre Estados, sino que además constituyen un camino por el cual tales Estados pueden abrir la puerta a la vía arbitral.

- c. *¿Cómo se perfecciona el convenio arbitral y se acepta, por tanto, la «cláusula fork in the road»?*

Dentro de tal orden de ideas, debemos resaltar que el convenio arbitral no nace del APPRI, pues los Estados parte no pueden prestar el consentimiento al arbitraje en nombre y representación de sus nacionales. El APPRI simplemente contempla el contenido (objeto, ley aplicable, etc.) de posibles convenios arbitrales entre el nacional de un Estado parte y el Estado receptor de la inversión. Asimismo, en el APPRI encontramos la manifestación de voluntad de los Estados parte de quedar vinculados al arbitraje, en el caso de que un nacional (inversionista) de uno de los Estados parte solicite el arbitraje.

En tal sentido, el Estado receptor de la inversión es quien manifiesta —en primer lugar— su voluntad de quedar vinculado al

arbitraje, si se diera el caso. Luego, en un segundo momento, es que el inversionista manifiesta su voluntad de acudir al arbitraje. Es recién en este momento (segundo en el tiempo) en el que se forma el convenio arbitral, entendido como el «acuerdo de voluntades de las partes». De esta manera, y salvo que en los APPRI se establezca algo distinto, debemos entender que el convenio arbitral se perfeccionaría con la presentación de la solicitud de arbitraje. No se requiere que inversionista y Estado hayan celebrado un contrato en el que se incluya una cláusula arbitral.

- d. *¿Las empresas nacionales se encuentran ligadas por la «cláusula fork in the road»?*

Sobre este tema se debe remarcar que la protección de los APPRI (y de los mecanismos de solución de controversias previstos en ellos) se puede extender a las empresas nacionales, cuando a través de ellas se realice una inversión extranjera. Algunos APPRI incluyen expresamente a las empresas nacionales *controladas* por inversionistas del otro Estado parte, al definir su ámbito de aplicación, sea éste, subjetivo u objetivo. Tal es el caso de los Acuerdos celebrados por España con Bolivia, Costa Rica, México, Panamá o Venezuela.

Lo que sí genera debate es cuando estamos frente a inversionistas extranjeros que son accionistas minoritarios en las empresas nacionales. La solución del problema podría estar expresamente contemplada en el APPRI. Así, por ejemplo, el acuerdo celebrado entre España y Panamá, extiende expresamente su protección frente a cualquier medida de expropiación de activos de una empresa nacional en la que participe un inversionista extranjero, sin exigir que dicho inversionista tenga el control efectivo de la sociedad. Sin embargo, puede presentarse el caso en que el APPRI no regule expresamente este tema. En tal caso, habrá que estar a lo dispuesto por el tribunal arbitral.

2.2. Definición de la «cláusula *fork in the road*»

2.2.1. Delimitación de la «cláusula *fork in the road*» por el APPRI

La relación existente entre el arbitraje internacional y el recurso a los tribunales domésticos estará sujeta a lo que determine el APPRI en cuestión. Algunos APPRI³ requerían del agotamiento de las instancias locales antes de poder dirigirse a la jurisdicción arbitral, o bien restringían el acceso al arbitraje internacional hasta que un determinado lapso de tiempo hubiera transcurrido.⁴ Igualmente, otros APPRI⁵ garantizaban el acceso al arbitraje internacional a condición de que las Cortes del Estado receptor de la inversión no se hubieran pronunciado.⁵

La «cláusula *fork in the road*» es otra de las cláusulas que podemos encontrar en un APPRI y tiene por efecto hacer que el inversor elija de forma irrevocable entre someter la controversia que le ocupa a un tribunal arbitral o a un tribunal ordinario del país receptor. Un ejemplo de «cláusula *fork in the road*» lo encontramos en el artículo 8.2 del APPRI Argentina-Francia:

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

Aquí debemos tener presente que en la práctica podría existir un conflicto de jurisdicción entre los tribunales internos y el tribunal arbitral. Así, por ejemplo, si el inversionista acude a los tribunales nacionales, y luego de haber transcurrido un determinado período sin que se haya dictado sentencia, acude al arbitraje internacional (por haberse establecido tal disposición en el APPRI), nos encontraremos —en los hechos— frente a dos fueros que están conociendo la misma controversia.

³ Ver, por ejemplo, APPRI Ghana-Rumanía de 1989 (artículo 4.3).

⁴ Ver, por ejemplo, APPRI España-Argentina (artículo (x)3.a).

⁵ Ver, por ejemplo, APPRI Austria-Macedonia (artículo 13(3)).

Cuando el inversionista recurre al arbitraje —respetando el esquema establecido en el acuerdo de inversión— los tribunales nacionales deben dejar de conocer la causa, es decir, que se producirá en ellos, una especie de sustracción de materia. En efecto, recordemos que con la solicitud de inicio de arbitraje, remitida por el inversionista al Estado receptor de la inversión, se celebra el convenio arbitral y, como consecuencia de ello, se excluye la competencia de los tribunales nacionales.

Así, el artículo 26 del Convenio CIADI establece lo siguiente:

Artículo 26. - Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio. (El subrayado y la negrita son nuestros).

En caso la controversia estuviese siendo ventilada en los tribunales ordinarios y, en razón de exceder los plazos máximos establecidos en la cláusula de solución de controversias del APPRI, el inversionista tendrá la facultad de solicitar al Estado receptor de la inversión, el inicio de un proceso arbitral. En tal caso, no procedería que el Estado demandado dedujera —en el proceso arbitral— excepción de litispendencia, ya que el inversionista (demandante) habría actuado conforme a lo establecido en el APPRI, al haber acudido a la vía del arbitraje internacional, luego de que transcurrido el plazo establecido en el propio APPRI, el tribunal nacional no resolvió la controversia.

Dentro de tal orden de ideas, el tribunal arbitral —una vez constituido— deberá analizar —sobre la base del principio *kompetenz-kompetenz*— si es competente para conocer la controversia, precisamente al resolver la excepción deducida.

Por lo demás, de haberse adoptado la «cláusula *fork in the road*» la elección entre los tribunales ordinarios y los tribunales arbitrales, debe-

rá ser hecha por el inversionista antes de iniciarse cualquiera de los dos procesos y ella sería irrevocable; situación que no presenta mayores inconvenientes, salvo los relativos a la participación como inversionistas en empresas nacionales, que ya fue analizado oportunamente y el concepto de lo que se debe entender por «tribunal interno», tema que será objeto de estudio en el punto inmediato siguiente. Sin embargo, dentro del mencionado orden de ideas es necesario clarificar qué es lo que se entiende por tribunal nacional y por ende, cuándo ha de entenderse que el inversionista ha optado por los tribunales nacionales (tribunales domésticos).

2.2.2. *El alcance de la «cláusula fork in the road»: los tribunales nacionales o internos*

Para intentar determinar qué se considera como un tribunal nacional podríamos cuestionarnos si una reclamación administrativa supondría o no acudir al tribunal nacional, es decir, optar por uno de los caminos excluyentes que nos ofrecen las «cláusulas *fork in the road*».

La respuesta a dichas interrogantes, las podríamos encontrar en los propios APPRIs. Así, por ejemplo, el artículo II.2 del APPRI España-México, establece lo siguiente:

El inversor que inicie procedimiento ante cualquier tribunal judicial o administrativo con respecto a la medida presuntamente violatoria de este Acuerdo, no podrá presentar reclamación conforme a este Apéndice. [...] Lo anterior no se aplica al ejercicio de recursos administrativos ante las propias autoridades ejecutoras de la medida presuntamente violatoria, previstos en la legislación de esta Parte contratante. (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, algunos APPRIS (acaso la mayoría) no regulan con tanta precisión qué debemos entender por tribunales nacionales, ya que simplemente se refieren a los «tribunales internos». Al respecto, consideramos que la vía administrativa—incluido el eventual recurso a tribunales administrativos— no supone, en principio, elección de los tribunales internos o nacionales, es decir, no supone la elec-

ción de alguno de los caminos que nos ofrecen las «cláusulas *fork in the road*».

Así, por ejemplo, si la Superintendencia de Administración Tributaria en el Perú (SUNAT) emitiese una acotación fiscal a un inversionista, quien considera que dicha acotación fiscal viola alguna de las disposiciones del Convenio de Estabilidad Jurídica celebrado entre el Perú y el Estado del inversionista, cabe preguntarnos si es que no resultaría razonable que el inversionista agotara todas las vías que la propia SUNAT le ofrece, antes de decidir por alguna de las vías contempladas en la «cláusula *fork in the road*».

Por nuestra parte, pensamos que —en primer lugar— deberá estarse a lo que se señale en el respectivo APPRI. En caso el referido instrumento normativo no estableciese los alcances del término «tribunales internos», estimamos que tal concepto sólo debería entenderse aplicable a los tribunales judiciales. Decimos esto, en razón de que creemos que iría en perjuicio de los intereses del inversionista el que se entienda dentro del concepto de «tribunales internos» a las instancias de la administración pública, sean o no aquéllas que supuestamente violaron los derechos del referido inversionista. Ello, en razón de que el inversionista podría tener la legítima expectativa de que su reclamo sea debidamente atendido por la administración pública y, a lo mejor, lograr, por ejemplo, en la instancia superior, una resolución favorable.

Como podrá apreciarse claramente, es muy probable que los costos y el tiempo que demande una solución como ésta, serán mucho menores que aquéllos en los que tendría que incurrir el inversionista, a efectos de iniciar el proceso arbitral. Por lo demás, la «cláusula *fork in the road*» es una opción que sólo se debería poder ejercer cuando se esté expedito para recurrir al Poder Judicial o se recurra a los tribunales arbitrales.

Decimos esto, en razón de que diversos ordenamientos legislativos, como ocurre en el caso peruano, exigen el agotamiento de la vía

administrativa para recurrir al Poder Judicial en el proceso «contencioso administrativo». Antes de ese momento, técnicamente hablando, no resultaría aplicable el «*fork in the road*», porque —en estricto— no cabría efectuar elección alguna; en tanto que uno elige cuando se tiene la posibilidad de seguir más de un camino y si no se puede recurrir a los tribunales ordinarios, tampoco se podría acudir a los tribunales arbitrales. Sin embargo, debemos admitir que podría disentirse de tal interpretación, si se considerara que el camino de agotar la vía de la administración pública, sólo resultaría necesario en caso el inversionista deseara recurrir a los tribunales ordinarios del país receptor de la inversión. Dentro de tal criterio interpretativo, sería posible que luego de producido el acto perjudicial para el inversionista por parte de cualquier instancia de la administración pública, aquél pueda recurrir inmediatamente a solicitar un arbitraje, sin tener que agotar la vía administrativa. No obstante ello, reiteramos nuestra preferencia por la primera de las interpretaciones.

La calificación de un tribunal interno como tribunal estatal al que se refiere la «cláusula *fork in the road*» no es la única interrogante planteada por la «cláusula *fork in the road*». Al contrario, existen diversas consideraciones prácticas tratadas a lo largo de la jurisprudencia de los últimos años y discutidas por la doctrina.

3. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS REFERENTES A LA APLICACIÓN DE LA «CLÁUSULA *FORK IN THE ROAD*»

3.1. «Cláusula *fork in the road*» y cláusula de la nación más favorecida

Las normas de trato mayormente utilizadas en los acuerdos internacionales de inversión son el «trato nacional»⁶ y el trato de la «nación

⁶ En general, esta cláusula busca que un país otorgue a los inversionistas extranjeros un trato comparable al otorgado a los inversionistas nacionales que operan en su territorio.

más favorecida».⁷ Estos principios se caracterizan por ser estándares relativos; es decir, están sujetos a una comparación entre el trato dado a los inversionistas extranjeros y el otorgado a los inversionistas nacionales o a los inversionistas de un tercer país. Lo anterior implica que el contenido de dichos principios se determina en función del tratamiento que un país otorga, ya sea a sus inversionistas nacionales o a inversionistas de un tercer país, y no de principios absolutos de trato *a priori*. En este sentido, la función de la cláusula de «trato nacional» y la de la «nación más favorecida» es obligar a la realización de una comparación entre los sujetos y las circunstancias, tomando en cuenta las características relevantes de unas y otras.

Aquí la pregunta que debemos formular es si «la cláusula de la nación más favorecida» que se incluye en el acuerdo de inversión también comprende las disposiciones sobre solución de controversias. Imaginemos que Panamá y Uruguay tuvieran suscrito un convenio de promoción de la inversión en donde se establece la «cláusula *fork in the road*». Mientras que Perú y Panamá tienen un convenio de promoción de la inversión en donde se establece que primero se acude a la jurisdicción ordinaria, pudiendo acudir al arbitraje internacional, siempre que: (i) haya transcurrido un determinado período sin que se haya dictado sentencia o (ii) no se hubieran amparado sus pretensiones. En este caso, ¿un inversionista peruano podría acudir al arbitraje internacional frente a Panamá con fundamento en la «cláusula de la nación más favorecida» contenida en el acuerdo de promoción de inversión celebrado entre Perú y Panamá que permite el acceso directo al arbi-

⁷ Esta cláusula implica que un país (receptor de la inversión) debe conceder a los inversionistas de un determinado país con el que tiene celebrado un acuerdo de inversión, el trato equivalente al mejor trato que otorga a los inversionistas de cualquier otro país en casos similares. La cláusula de la «nación más favorecida» inhabilita a un país para establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales, de tal forma que si se llegase a aumentar los beneficios que éste otorga a un determinado país, tendrá que dar ese «mejor» trato a sus demás interlocutores comerciales, de modo que todos sigan siendo «más favorecidos».

traje? Es decir, ¿puede el inversor peruano pretender válidamente que se aplique a su favor la «cláusula *fork in the road*» y el acceso directo al arbitraje contenida en el Acuerdo suscrito entre Panamá y Uruguay?

En primer lugar, debemos buscar la respuesta en el propio acuerdo de inversión, ya que en él se puede disponer expresamente la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a las disposiciones sobre solución de controversias. Sin embargo, cláusulas de este tipo, no han sido frecuentes en los tratados de promoción de inversión. Sobre este punto, debemos referirnos al laudo de fecha 25 de enero de 2000, entre Emilio Agustín Maffezini con el Reino de España.⁸ En este caso, el demandante argumentaba que los inversionistas chilenos en España recibían un trato más favorable que los argentinos en el mismo país y que, por consiguiente, la cláusula de «nación más favorecida» contenida en el APPRI Argentina-España le otorgaba la opción de someter la controversia a arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales nacionales.⁹

El Reino de España rechazó dichas pretensiones porque, a su juicio, los tratados suscritos por España con terceros países eran, con respecto a Argentina, *res inter alios acta* y, por ende, el demandante no podía invocarlos. El demandado argumentaba, además, que la cláusula de «nación más favorecida» sólo podía tener aplicación respecto de la misma materia y no podía hacerse extensiva a cuestiones distintas de las previstas en el tratado básico. El artículo III.2 del APPRI Argentina-España establece que «en todas las materias regidas por el presente

⁸ Emilio Agustín Maffezini c/ el Reino de España, decisión del 25 de enero de 2000, ARB/97/7. Decisión sobre excepciones a la jurisdicción.

⁹ El APPRI entre Argentina y España otorga a los tribunales nacionales la oportunidad de conocer una controversia durante un plazo de 18 meses antes de que ésta pueda someterse a arbitraje. Por el contrario, el artículo 10(2) del APPRI entre Chile y España no contiene una condición similar. Este último, permite al inversionista optar entre los tribunales nacionales o el arbitraje internacional («cláusula *fork in the road*»).

Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país» (El subrayado es nuestro).

Desde el punto de vista de España, esto significaba que la referencia a «materias» que figuraba en la cláusula de «nación más favorecida» del APPRI Argentina-España, sólo podía entenderse como que aludía a materias de fondo o aspectos sustantivos del tratamiento otorgado a los inversionistas y no a cuestiones de procedimiento o jurisdicción. España también argumentó que, en vista de que la cláusula de «nación más favorecida» tenía por objeto evitar la discriminación, tal situación sólo podía darse en relación con el tratamiento económico sustantivo y no en relación a asuntos de procedimiento. Solamente si pudiera demostrarse que el hecho de recurrir a tribunales nacionales produciría desventajas objetivas para el inversionista, podría argumentarse que el tratamiento debido tendría esos efectos sustantivos. De esto se desprende, según el razonamiento, que tendría que probarse que el someter la controversia a los tribunales españoles era menos desventajoso para el inversionista que recurrir al arbitraje del CIADI.

Dentro de tal orden de ideas, el tribunal arbitral analizó si el hecho de que la cláusula de la «nación más favorecida» contenida en el APPRI Argentina-España, no mencionara expresamente a las disposiciones sobre solución de controversias, se debía a la intención de las partes. Asimismo, analizó si la extensión de la cláusula de la «nación más favorecida» a las disposiciones sobre solución de controversias, podía deducirse razonablemente de la práctica de las partes en el tratamiento de los inversionistas extranjeros. De esta manera, luego de analizar la posición de las partes durante la negociación del APPRI, así como otros acuerdos celebrados por España y Argentina, el tribunal arbitral concluyó en que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversionista que aquéllos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la «nación más favorecida», pues son plenamente compati-

bles con el principio *ejusdem generis*.¹⁰ En otras palabras, en opinión del tribunal arbitral, el demandante demostró que la cláusula de la «nación más favorecida» incluida en el APPRI Argentina-España, también comprendía las disposiciones sobre solución de controversias. Sin embargo, el tribunal falló que la cláusula de la «nación más favorecida» no permitía evitar la aplicación de la «cláusula *fork in the road*» ya que dicha cláusula pertenecía al orden público del país receptor de la inversión —y como bien se sabe— el orden público no puede ser abrogado por contrato.¹¹

3.2. Formulación de «cláusula *fork in the road*» (análisis caso por caso)

Otro de los problemas con las «cláusulas *fork in the road*» es la ambigüedad en cuanto a «si un inversor debe efectuar la elección o renunciar a ejercitar acciones ante tribunales nacionales, respecto a todas las reclamaciones resultantes de arreglo al tratado en particular o con respecto a todas las reclamaciones referentes a la controversia sin tener en cuenta su fuente».¹² Resulta confuso determinar si en el caso de que el inversionista decida demandar ante el Poder Judicial del Estado receptor de la inversión por la violación del contrato de inversión, esta denuncia precluirá la posibilidad de reclamar en sede arbitral (de forma simultánea o posteriormente) por la violación de un derecho recogido en un APPRI (aplicable al caso en cuestión).

¹⁰ Es decir, del mismo género.

¹¹ Ver Emilio Agustín Maffezini c/ el Reino de España, decisión del 25 de enero de 2000, ARB/97/7. Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, para. 63: «Segundo, si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada «bifurcación del camino», esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero es que una vez tomada la decisión ésta es definitiva e irrevocable, esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública».

¹² CREMADES, B. y D. CAIRNS. «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la

En principio será la formulación de la «cláusula *fork in the road*» la que, en cada caso, dará una respuesta a la interrogante antes planteada. La misma variará en base a que la mencionada formulación sea una formulación estrecha o amplia. Una formulación estrecha de la «cláusula *fork in the road*» limitará la aplicación de esta última únicamente a violaciones del APPRI. Los acuerdos APPRI contenedores de este tipo de cláusulas establecen que el artículo que regula la solución de los conflictos entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista se aplicará exclusivamente a las «controversias que surjan en el ámbito de este acuerdo, entre una de las Partes y un inversionista de la otra Parte que haya realizado inversiones en el territorio de la primera». Éste es el caso, por ejemplo, del artículo 1 del APPRI entre Perú y El Salvador.¹³

Ante este tipo de APPRIs, las demandas que darán lugar a la preclusión de la vía arbitral serán más limitadas; solamente las demandas que tengan como fuente los reclamos amparados en un APPRI determinarán de forma irrevocable la elección de una vía y no los reclamos que traten de controversias bajo la legislación del Estado receptor. Esto es así aunque los hechos reclamados bajo la legislación nacional sean los mismos que los reclamados bajo el APPRI, ya que, por lo general, la base legal de uno y de otro son distintos (en el ámbito judicial se discuten derechos contractuales al amparo de la legislación del Estado receptor de la inversión mientras que en el arbitraje se disputa la existencia de una violación a los derechos de naturaleza de Derecho Internacional protegidos por un APPRI). Esta diferencia ha sido realizada en numerosos arbitrajes entre los que contamos *The North American Coal Corporation* y *Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi* contra

protección contractual y los tratados». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2004, n.º 19, pp. 69-93.

¹³ Ver también APPRI Perú-España (artículo 9.1), APPRI Perú-Argentina (artículo 10.1), APPRI Perú-Venezuela (artículo 10.1).

República de Turquía¹⁴ y *CMS Gas Transmission Company* contra República Argentina.¹⁵

Por otro lado, la formulación de la «cláusula *fork in the road*» puede igualmente ser una formulación amplia que se aplicará a toda controversia relacionada con una inversión. Es lo que prevé el APPRI entre Francia y Argentina (artículo 8) que requiere que «el inversor efectúe la elección entre arbitraje internacional y los tribunales nacionales en toda controversia relativa a las inversiones». El inversor tiene, pues, prohibido iniciar en foros diferentes las reclamaciones derivadas de un Tratado y las reclamaciones contractuales procedentes de la misma controversia relativa a la inversión.¹⁶

Sin embargo, la doctrina entiende que incluso en el supuesto de una formulación amplia de la cláusula, «se debería aplicar la misma lógica que impera cuando el APPRI en cuestión limita su ámbito de aplicación a las controversias relativas a ese instrumento internacional». ¹⁷ Esta visión de la cláusula corresponde a la mantenida en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal* contra la República de Argentina¹⁸ (aunque otras sentencias arbitrales siguieron esta misma vía).¹⁹

¹⁴ Caso *The North American Coal Corporation y Kenya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi* c/ República de Turquía, ARB/02/5 de 4 de junio de 2004 (ad 170).

¹⁵ *CMS Gas Transmission Company* c/ República de Argentina, decisión sobre la jurisdicción, 17 julio 2003, I.L.M 788 (2003). Véase también *Middle East Cement c/ Egipto*, decisión del 12 abril 2002, disponible en: www.Worldbank.org/icsid/cases/me-cement-award.pdf.

¹⁶ Ver también APPRI Perú-Suiza (artículo 9), APPRI Perú-Tailandia (artículo 10).

¹⁷ Project on International Courts and Tribunals y Université de Genève, «Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from Same or Related situations be handled efficiently?». Preliminary report, 2006, pp. 4-5. (La traducción es nuestra).

¹⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal* República de Argentina decisión del 21 de noviembre de 2000, ARB/97/3, 5 ICSID Reports 296.

¹⁹ Por ejemplo el caso *Occidental exploration* c/ República de Ecuador, disponible en: http://ita.law.uvic.ca/documents/OxyEcuadorFinalAward_001.pdf.

La tendencia actual de algunos APPRI y de ciertos Tratados de Libre Comercio (TLCs) clarifica la aplicación de la «cláusula *fork in the road*» estableciendo lo que se conoce como «cláusula de elección de vías sin vuelta en U». El inversor tiene derecho a iniciar un litigio doméstico sin que ello signifique que ha elegido una vía de actuación. Sin embargo, deberá renunciar de forma expresa a proceder con el litigio antes de entablar el arbitraje de inversión. Ejemplos de APPRI y de Tratados contenedores de este tipo de cláusulas son el artículo 1121 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN),²⁰

²⁰ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, artículo 1121: «Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral 1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el artículo 1116, sólo si: (a) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y (b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte, que sea una persona moral, propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente. 2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa: (a) consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y (b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que, presuntamente, sea una de las violaciones a las que se refiere el artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente. 3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje. 4. Sólo en el caso que la Parte contendiente haya privado al inversionista contendiente del

algunos TLCs de Estados Unidos como el TLC Perú-Estados Unidos de América (artículo 10.18.3) y algunos TLCs Canadienses recientes.

En todo caso, la «cláusula *fork in the road*» deberá ser analizada caso por caso y cuestiones como la voluntad de las partes o la particularidad de la cláusula arbitral deberán ser tenidas en cuenta. Los casos SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra la República de Pakistán^{21 22} y SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra la República de Filipinas resultan un buen ejemplo de la necesidad de analizar las cláusulas del APPRI que rige cada caso en particular. En ambos casos, muy similares en apariencia, el tribunal llegó a una solución muy diferente. Tanto en el caso contra Pakistán como en el caso contra la República de Filipinas existía un contrato de supervisión de exportaciones y un APPRI entre los países en cuestión previendo los distintos métodos de resolución de controversias invocables por las partes.

Sin embargo, en el primer caso, el tribunal arbitral encargado de determinar la jurisdicción estableció que las reclamaciones contractuales serían sometidas solamente a arbitraje en Pakistán y no a los tribunales arbitrales bajo el CIADI ya que el APPRI en cuestión no preveía expresamente que dicho tribunal pudiera conocer sobre controversias contractuales. Por el contrario, el tribunal arbitral encargado de determinar la jurisdicción en el segundo caso consideró que el APPRI en cuestión autorizaba a someter a arbitraje bajo el CIADI cualquier controversia, fuera ésta contractual o por violación del APPRI.

control en una empresa: (a) no se requerirá la renuncia de la empresa conforme al párrafo 1(b) o 2(b); y (b) no será aplicable el párrafo (b) del Anexo 1120.1». Disponible en: <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=590&mtpiID=142#A1112>.

²¹ SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ Filipinas, ARB/02/6 (2004), decisión sobre jurisdicción.

²² SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/ República de Pakistán, decisión de 27 de agosto de 2003, ARB/01/13.

En el arbitraje de inversiones no hay, pues, una regla *stare decisis* y aunque la «cláusula *fork in the road*» haya sido ampliamente tratada en la jurisprudencia cada APPRI y, por tanto, cada caso en particular requerirá de un análisis específico y adecuado.

3.3. Examen del criterio de la triple identidad

En la aplicación práctica de la «cláusula *fork in the road*» existe un tercer elemento a tener en cuenta. En base al principio de litispendencia y al principio de la cosa juzgada,²³ la jurisprudencia existente sólo acepta la aplicación de la «cláusula *fork in the road*» en los casos en los que el litigio doméstico y el arbitraje de inversión sean idénticos. Por identidad se entiende identidad de las partes, de la demanda (o lo que es lo mismo, su base legal), y de los hechos (causa). En el caso de que las partes, la base legal y la demanda sean iguales, entonces el hecho de acudir a la jurisdicción ordinaria precluirá la posibilidad de acudir al arbitraje de inversiones y viceversa. Este criterio denominado de la «triple identidad» puede resultar estricto²⁴ como lo demuestra la jurisprudencia arbitral.

Existen numerosos casos en los que existe identidad en los hechos, pero no de partes o de petición (base legal). Como ejemplo de casos donde la «cláusula *fork in the road*» no pudo ser aplicada por falta de identidad de la base legal, citaremos el caso Olguín contra Paraguay²⁵ en el que el tribunal se estimó competente desestimando la aplicación de la «cláusula *fork in the road*» presente en el APPRI Paraguay-Perú.

²³ FRIEDMAN M., *Treaties as agreements to arbitrate related dispute resolution regimes: Parallel proceedings in BIT arbitrations en International council for commercial arbitration*, en *International arbitration 2006: Back to basics?* La Haya, ICCA 2007, p. 561.

²⁴ *Ibidem*, p. 562.

²⁵ Ver caso Olguín c/ Paraguay de 26 de julio de 2001, caso ARB/98/5. Ver también caso Benvenuti & Bonfant c/ Congo, decisión del 15 de agosto de 1980, 1 ICSID Reports 330, y el caso Amco Asia Corporation and others c/ República de Indonesia, decisión sobre la jurisdicción de 25 de septiembre de 1983, ICSID Reports 389, par. 409 (1993).

El tribunal entendió que la demanda judicial que se había planteado ante los tribunales ordinarios no era «idéntica» (aunque estuviera relacionada) a la demanda planteada ante el tribunal arbitral, estimándose, por lo tanto, competente. En el caso *Genin contra Estonia*²⁶ se planteó la cuestión de la identidad de la demanda ante los tribunales locales con la demanda ante el tribunal arbitral. De este modo, el tribunal arbitral se pronunció sobre la pregunta si la interposición de la demanda ante los tribunales locales constituía una elección de jurisdicción. Éste llegó a la conclusión de que los procedimientos ante los tribunales nacionales iniciados por el demandante no versaban sobre una controversia relativa a la inversión y que, por tanto, según los propios términos del APPRI (que se refería exclusivamente a controversias relativas a la inversión), no existía identidad de base legal entre la demanda planteada ante el tribunal nacional y la planteada ante el tribunal arbitral y que, por tanto, la «cláusula *fork in the road*» no era aplicable. El tribunal arbitral en el caso *CMS c/ Argentina*²⁷ siguió este mismo razonamiento y denegó que el demandante hubiera renunciado a su derecho a acudir al arbitraje bajo las disposiciones del APPRI Argentina-Estados Unidos de América por haber apelado una decisión ante la Corte Suprema estadounidense y por haber interpuesto acciones frente a los tribunales administrativos. Esto es así porque el procedimiento doméstico y la demanda ante el tribunal CIADI no tenían el mismo contenido.

Esta serie de decisiones corresponde a la visión adoptada por la Comisión de Derecho Internacional en su tercera recomendación hecha en su informe final sobre *res judicata* y arbitraje,²⁸ según la cual debe ser examinada la identidad de las disputas ante las diversas jurisdicciones. En el caso *Lauder contra la República Checa*²⁹ no solamente

²⁶ *Genin vs. Estonia* de 25 de junio de 2001, Caso ARB/99/2.

²⁷ *Supra*, nota 22.

²⁸ Informe de la 71.^a Conferencia, International Law Association, 2004, 826-861, disponible en: www.ila-hq.org.

²⁹ *Ronald S. Lauder c/ República Checa*, 3 de septiembre de 2001, disponible en: www.mfcr.cz/Arbitraz/en/FinalAward.doc.

se denegó la identidad de la base legal de la demanda planteada ante los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales, sino que se denegó incluso la identidad de las partes a la disputa por lo que la «cláusula *fork in the road*» no podía aplicarse. Otro caso denegando la aplicación de la «cláusula *fork in the road*» en base al hecho de que las partes no eran las mismas fue el caso *Azurix contra Argentina*.³⁰

3.4. Distinción entre incumplimiento de un contrato de inversión e incumplimiento del APPRI

Otra de las particularidades prácticas de la «cláusula *fork in the road*» se refiere a la distinción que hacen algunos tribunales arbitrales entre el incumplimiento del contrato de inversión y el incumplimiento del APPRI. Aquellos tribunales que realizan tal distinción se adhieren a la denominada doctrina separatista que atribuye a cada instrumento una jurisdicción diferenciada. Sin embargo, existen partidarios de la denominada doctrina unionista que somete el enjuiciamiento de demandas relativas a ambos instrumentos jurídicos a una misma jurisdicción.

Los tribunales que distinguen entre la denominada demanda contractual o doméstica y la demanda de arbitraje de tratado o internacional lo hacen en base a la manera en que la parte demandante ha formulado su demanda (si se refiere a violación de disposiciones bajo el tratado de inversión o bajo el contrato de inversión sin mención alguna del tratado). El comité de anulación *ad-hoc* del caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal República de Argentina*³¹ consideró que «un Estado puede violar un tratado sin

³⁰ *Azurix c/ República de Argentina*, decisión sobre la jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, disponible en www.asil.org/ilib/azurix.pdf. Ver también *Enron et al. c/ República de Argentina* de 2 de agosto de 2004, ARB/01/3.

³¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c/ Argentina*, decisión del comité de anulación de 3 de octubre de 2001, ARB/97/3, disponible en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC550_Sp&caseId=C159.

violentar un contrato de inversión y viceversa y que, además, un mismo hecho puede llevar a cometer ambas violaciones». ³² Fue, igualmente, el mencionado comité el que mantuvo que si las pretensiones sometidas a conocimiento del tribunal arbitral estaban esencialmente referidas a la violación de un contrato, el tribunal estaba entonces en la obligación de reconocer el pacto de solución de controversias previsto en el contrato. Pero, si lo que se reclamaba en sede arbitral esencialmente correspondía a la violación de un APPRI, entonces el tribunal arbitral debería asumir la jurisdicción de conformidad a lo dispuesto en el artículo sobre solución de controversias contenido en el tratado bilateral.

Fue a partir del mencionado fallo que se introdujo el criterio que ha sido denominado en doctrina como «*the essential o fundamental basis of claim*». El tribunal siguiendo dicho criterio deberá analizar si lo que se demanda resulta esencialmente una violación contractual o, por el contrario, resulta un derecho reconocido en un APPRI. Se deberá acudir a las vías determinadas, respectivamente, en el pacto de jurisdicción contractual o a la jurisdicción prevista en el instrumento internacional. Esta diferenciación ha sido aplicada por una gran cantidad de casos entre los que destacan: El fallo sobre anulación de 28 de enero de 2002, en los seguidos por *Wena Hotels Limited* contra la República Árabe de Egipto (ARB/98/4); la decisión sobre jurisdicción de 11 de mayo de 2005, en el caso *Camuzzi Internacional S.A.* contra la República de Argentina (ARB/01/8); la decisión sobre jurisdicción de 17 de julio de 2003, en los seguidos por *CMS Gas Transmission Company* contra la República de Argentina (ARB/03/2); y la decisión sobre jurisdicción de 19 de noviembre de 2005, en los seguidos por *Bayindir Insta Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.* contra la República Islámica de Pakistán (Caso ARB/03/29). El reciente caso *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers* contra la República de Albania ³³ basándose

³² *Ibidem*, ad 98.

³³ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers* c/ la República de Albania de 30 de julio de 2009, ARB/07/21.

en la identidad de las «*fundamental basis of claim*» determinó que la demanda ante el tribunal ordinario local equivalía a una elección de jurisdicción aplicando así la «cláusula *fork in the road*».

La antes referida doctrina unionista entiende, sin embargo, que para la toma en consideración de la violación de un derecho contemplado en un APPRI, un tribunal puede llegar a tomar en consideración los derechos contemplados bajo un contrato de inversión. Ahora bien, ello no significa que el tribunal adjudique sobre los derechos contractuales que conoce, solamente adjudicará sobre los derechos existentes bajo el APPRI.

A modo de resumen de las decisiones existentes hasta la fecha, afirmaremos que la mayoría de decisiones arbitrales admiten como base fundamental el respeto a los pactos contractuales sobre solución de controversias, aunque sólo respecto de las reclamaciones estrictamente contractuales, debiendo los demandantes referirse a la jurisdicción establecida por los APPRIs para reclamos referentes a la violación de las disposiciones contenidas en los APPRIs. Sin embargo, algunos APPRIs y TLCs contienen disposiciones que autorizan a las partes a someter conflictos referidos a la violación de ciertos contratos de inversión³⁴ ante los órganos de resolución de controversias previstos en dichos instrumentos internacionales.

3.5. Evolución hacia una flexibilización del criterio de la triple identidad

El criterio de la triple identidad como base de la aplicación de la «cláusula *fork in the road*» es, como ya ha sido explicado con anterioridad, un criterio fundamentalmente estricto. Sin embargo, parece que

³⁴ Ver por ejemplo TLC Perú-Estados Unidos de América, artículo 10.16.1 que prevé la posibilidad de someter a arbitraje controversias por la violación de una autorización de inversión o un acuerdo de inversión. Ver también el APPRI Perú-Canadá que dispone en su artículo 22.1(b) la posibilidad de someter a arbitraje la violación de ciertos convenios de estabilidad jurídica.

se han dado algunos pasos en pro de la flexibilización del mencionado criterio.

En primer lugar, la Asociación de Derecho Internacional, en su recomendación sobre la aplicación de principios de litispendencia y cosa juzgada en el área del arbitraje, alcanza una posición más moderada respecto del análisis sobre la identidad, afirmando que el centro del análisis debería ser la identidad de la disputa y no de la demanda.³⁵

En segundo lugar, la doctrina³⁶ recomienda la adopción de una interpretación más anglosajona de la «cláusula *fork in the road*». Esta interpretación requiere únicamente que exista doble identidad entre la demanda interpuesta a nivel local y la demanda interpuesta ante los tribunales arbitrales (identidad de partes y de contenido).

Finalmente, en las cláusulas de TLCAN,³⁷ en la cláusula modelo APPRI estadounidense y en algunos de los TLCs más modernos de Estados Unidos de América y Canadá se advierte una evolución de la formulación de la «cláusula *fork in the road*». No se medirá la identidad de una controversia doméstica con una referente a arbitraje por la identidad de la petición o la base legal sobre la cual se realiza la misma, sino por la «medida» que debería adoptar el Estado receptor. Este criterio comparado con el estricto criterio de la triple identidad resulta mucho más amplio. Esto se puso de manifiesto en el caso *Waste Management* contra México I.³⁸

³⁵ *Supra*, nota 34.

³⁶ *Supra*, nota 29; ver además SCHREUER C. «Travelling the BIT Route: Of waiting periods, umbrella clauses and fork in the road». *Journal of World Investment and Trade*, vol. 5, n.º 2 (April 2004).

³⁷ *Supra*, nota 27.

³⁸ *Waste Management c/ México*, Laudo Final, 30 de abril de 2004, 43 ILM (2004) 967; ver también KANTOR M. *The fork in the road revisited*, in *British Institute of International and Comparative Law Third Investment Treaty Forum Conference*, Transnational Dispute Management, vol. 2, 2005.

Llegados a este punto del análisis es necesario admitir que tanto la definición de la «cláusula *fork in the road*» como su aplicación práctica, pone de manifiesto la complejidad de la misma. En el siguiente apartado será, pues, necesario identificar los problemas recurrentes que plantea la «cláusula *fork in the road*».

4. PROBLEMAS RECURRENTE DE LA «CLÁUSULA *FORK IN THE ROAD*»

4.1. *Problemas que atañen al inversor*

El inversor, en general se encuentra dividido entre la amplia protección ofrecida por un APPRI y la necesidad de protección «en el terreno», esto último pudiendo únicamente ser garantizado por los tribunales locales. En este mismo orden de ideas el inversionista deberá determinar cuando exista una «cláusula *fork in the road*» si prefiere acudir ante un tribunal ordinario o bien ante un tribunal arbitral constituido conforme a lo determinado en un tratado APPRI. Sin embargo, la elección de vías puede crear problemas injustos para el inversor. En muchas ocasiones el inversor se ve obligado a acudir a la vía doméstica de forma rápida si no quiere perder su derecho a acudir ante la susodicha vía. En contraste, la iniciación de un arbitraje de inversión requiere un plazo de espera, negociaciones previas o incluso agotamiento del proceso doméstico. En otras palabras, el inversor no dispone de la libertad necesaria para realizar una verdadera elección (ya que está condicionado por plazos muy cortos).

El caso *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company* contra la República de Ecuador³⁹ es el mejor ejemplo de ello. En este caso, Ecuador estableció una serie de reglamentos fiscales alterando algunos derechos de devolución de impuestos de valor añadido (IVA), pudiendo las empresas afectadas como

³⁹ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company* c/ República del Ecuador, 9 de septiembre de 2008, ARB/06/11.

Occidental reclamar en el plazo de 20 días tras la promulgación de dichos reglamentos. Este plazo resultaba demasiado corto para cualquier inversor para decidir de forma irrevocable acerca de la jurisdicción, la estrategia a seguir, si litigar o no contra el Estado soberano.

4.2. «Cláusulas *fork in the road*» y *medidas cautelares*

Las «cláusula *fork in the road*» no contienen regla alguna sobre si la demanda de medidas cautelares delante de un juez doméstico excluye el derecho a acudir ante la jurisdicción bajo el tratado APPRI de aplicación. Esto variará en función de lo que disponga el APPRI o el TLC de referencia.

De acuerdo con la jurisprudencia del CIADI la «cláusula *fork in the road*» no es de aplicación cuando lo que se demanda ante los tribunales nacionales sean medidas provisionales. Igualmente, el artículo 1121 de TLCAN⁴⁰ que establece un sistema de renuncia a los tribunales domésticos en pro de una actuación frente a los tribunales determinados por el CIADI no excluye la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales para obtener medidas cautelares. También en los nuevos TLCs (como los de Chile-Estados Unidos de América o Singapur-Estados Unidos de América) la exclusión del procedimiento ante los tribunales locales no incluye las medidas cautelares provisionales (*interim*).

4.3. *Problema de dobles daños y perjuicios como resultado de procesos paralelos*

El principio que establece la distinta naturaleza de las demandas basadas en derechos contractuales y demandas basadas en los tratados de inversión conlleva, tal y como lo admitió el tribunal arbitral del caso Bayindir, un riesgo inherente de contradicción entre las distintas sentencias, así como un riesgo de doble compensación.⁴¹ Tal y como el

⁴⁰ *Supra*, nota 27.

⁴¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi c/. Pakistán*. ARB/03/29, decisión sobre jurisdicción, 14 de noviembre de 2005; ver también FRIEDMAN, M. *Treaties*

citado tribunal admitió el riesgo de doble compensación, puede verse limitado si el tribunal cuando se pronuncie sobre la compensación en la fase meritoria toma en consideración lo que la parte demandante ha podido recibir en el juicio doméstico.

Ahora bien, el que el demandante haya recibido compensación por violación de derechos contractuales no lleva aparejada la compensación de derechos por violación del APPRI que garantiza dichos derechos. El demandante tendrá que probar la violación de los derechos garantizados bajo el APPRI, lo que necesitará en algunos casos del recurso a otros medios de prueba, a estándares distintos de los utilizados para demostrar la violación de sus derechos contractuales.

Por «estándares» nos estamos refiriendo concretamente a disposiciones que pueden formar parte de algunos APPRIs y que requieren, por ejemplo, un esfuerzo del inversor de obtener corrección ante los tribunales locales para poder probar la violación de sus derechos bajo el tratado APPRI. A pesar de no ser propiamente una cláusula de extinción de los medios locales, este tipo de «estándar» obviamente resulta incompatible con la «cláusula *fork in the road*».

5. ¿HACIA DÓNDE VAN O DEBERÍAN IR LAS «CLÁUSULAS *FORK IN THE ROAD*»?

Al principio de este estudio se afirmó que las «cláusulas *fork in the road*» tienen por objetivo principal el impedir que existan procesos paralelos pudiendo dar lugar a resultados contradictorios y a situaciones injustas para las partes.

El principal problema de las «cláusulas *fork in the road*» parece ser la dificultad en su aplicación, lo que impide la consecución de su

as agreements to arbitrate related dispute resolution regimes: Parallel proceedings in BIT arbitrations. En *International Council for Commercial Arbitration. International Arbitration 2006: Back to basics?* La Haya: ICCA, 2007, p. 545.

función. Para una mayor consecución, sería, por tanto, necesario modificar los requisitos de aplicación de las «cláusula *fork in the road*», a fin de dotarlas de un verdadero peso en el procedimiento. Existen fundamentalmente dos métodos capaces de otorgar a las «cláusulas *fork in the road*» dicho peso.

El primero (y sin duda más pragmático) pasa por flexibilizar las pautas de aplicación de dichas cláusulas (lo que puede llevarse a cabo a través de una renegociación). Para ello debería seguirse el modelo de las cláusulas TLCAN y con los APPICs estadounidenses y canadienses. En estos tratados ya parece ser una realidad ya tangible que se deberá «renunciar» a acudir a los tribunales domésticos en vez de «elegir» hacerlo y que se medirá la identidad de los procedimientos en función de las «medidas» adoptadas por el Estado receptor y el tribunal arbitral y no en función de la identidad de la «inversión» o de la «controversia». El segundo método consistiría, en tal y como ocurrió en el caso *Metalclad contra México*,⁴² anular la sentencia emitida bajo el CIADI para someterse a otro tipo de mecanismos (como fue en este caso el tribunal arbitral *ad-hoc* UNCITRAL) que aplicará diferentes estándares referentes a la «cláusula *fork in the road*».

⁴² *Metalclad c/ México*. Decisión de 30 de agosto 2000, 5 ICSID Reports 209.

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
NOVIEMBRE DEL 2010, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220 URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELEFAX: 444-2007
Lima 33, Perú