

100
años



COLECCIÓN
CENTENARIO

DERECHO DE ARBITRAJE

ESTUDIOS EN HOMENAJE A
LA FACULTAD DE DERECHO PUCP
EN SU CENTENARIO

Sergio García Long
Coordinador



FACULTAD DE
DERECHO

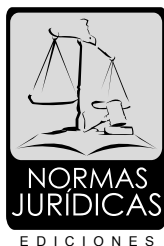


PUCP

DERECHO DE ARBITRAJE
ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA FACULTAD DE DERECHO PUCP
EN SU CENTENARIO

DERECHO DE ARBITRAJE
ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA FACULTAD
DE DERECHO PUCP EN SU CENTENARIO

Sergio García Long
Coordinador



Derecho de arbitraje

Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario

© Sergio García Long, coordinador, 2019

© Ediciones Normas Jurídicas SAC, 2019

Editado por: Ediciones Normas Jurídicas SAC

Jr. Rufino Torrico 899, interior 3. Cercado de Lima – Lima

Teléfono 334-9885

libreriajuridicarc@hotmail.com

Primera edición: mayo de 2019

Tiraje: 500 ejemplares

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

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°

ISBN:

Registro del Proyecto Editorial:

Impreso en Aleph Impresiones S.R.L

Jr. Risso 580, Lince. Lima - Perú

*Moreover, the award which the arbiter makes
in a particular case
ought to stand whether it is just or unjust;
because the party who accepted the arbitration
had only himself to blame.*

Digest 4, 8, 27, 2 (Ulpiano)

Índice

Prólogo	
<i>Ramiro Portocarrero Lanatta</i>	11
Introducción	
<i>Sergio García Long</i>	15
L'arbitraggio	
<i>Paolo Gallo</i>	21
Laudos punitivos: la imposición de <i>punitive damages</i> en el arbitraje comercial internacional	
<i>Sergio García Long</i>	47
¿Tsunami de documentos o sequía de información? Posiciones a favor y en contra de la producción de documentos como regla estándar en el arbitraje comercial internacional	
<i>Jorge López Fung</i>	117
Third-Party Funding In International Arbitration	
<i>Francesca Benatti</i>	157
Interpretazione della clausola compromissoria e deroga della giurisdizione ordinaria: problemi e tendenze del diritto italiano	
<i>Mauro Grondona</i>	181
<i>Control freak</i>: rediseño de los mecanismos típicos de control judicial del laudo en función de los intereses tutelados	
<i>Hugo Forno Odria</i>	223
Apuntes respecto de la procedencia de la demanda de anulación por cuestionamientos a la motivación del laudo en el ordenamiento jurídico peruano	
<i>Héctor Campos García</i>	259

¿Es la motivación una nueva causal de anulación del laudo arbitral en el Perú?	
<i>Jhoel Chipana Catalán</i>	307
Los reclamos de expropiación en el marco del arbitraje Inversionista-Estado	
<i>Miguel L. Colquicocha Martínez</i>	345
¿El arbitraje potestativo fomenta la negociación colectiva?	
<i>André Cossio Peralta</i>	403
Sobre los autores	429

PRÓLOGO

*Si bien es verdad que el derecho es historia, es mutabilidad,
es relatividad extrema en el tiempo y en el espacio,
también es verdad que el derecho es la traducción
de ciertos esquemas organizativos del indistinto social
al más específico terreno de los valores,
en cuanto percepción de valores,
no puede no tener ínsita una tensión para consolidarse,
para echar raíces que a menudo son profundas,
para convertirse también en un esquema lógico, en un sistema.*

Paolo Grossi
El Orden Jurídico Medieval

El derecho civil tiene sus propios tiempos. Si se piensa en el arco temporal que cubre en el mundo occidental (ininterrumpidamente, con visiones diferentes pero aproximadas, conceptos como el contrato, la propiedad y la obligación acompañan, ya hace siglos, a los abogados), los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica pueden parecer solo un momento. Pero han sido claves en la historia del derecho en el Perú. Y esto, no solo por la importancia de la Facultad como tal durante los últimos años de la historia del Perú.

En efecto, la Facultad de Derecho ha producido un prototipo de *abogado* atento al dato de derecho comparado, pero cada vez más consciente de las particularidades de su propio dato legislativo (y a pesar de las dificultades propias de un sistema judicial que no logra articular un conjunto ordenado de sus propias decisiones, cada vez más atento a lo que deciden las cortes), generalmente capaz de leer con fluidez en más de un idioma, con una

importantísima capacidad de investigación y, sobre todo, con una curiosidad constante.

La selección que contiene este libro expresa, marcadamente, ese carácter. Tres textos en italiano e inglés de los profesores extranjeros Paolo Gallo, Francesca Benatti y Mauro Grondona son intercalados con cinco artículos de los jóvenes abogados peruanos Hugo Forno Odría, Jhoel Chipana, Héctor Campos, Jorge López Fung, Sergio García Long y Miguel Colquicocha. El contrapunto entre los primeros, de marcado corte académico, frente a los segundos que problematizan críticamente algunas discusiones actuales de la práctica (pero también de la teoría arbitral) solo enriquece al lector.

Así, el profesor Gallo describe con lucidez la regulación italiana en materia del arbitrio del tercero, dando cuenta de sus orígenes, su codificación y su estado actual. Resultando un eufemismo decir que nuestra disciplina sobre el arbitrio del tercero se «inspira» en la italiana, los problemas asociados a la determinación del tercero son actuales y colocan también, para el abogado dedicado a la práctica, problemas no menores como la posibilidad del árbitro de integrar el contrato, el régimen de la impugnación de la decisión del tercero, su estabilidad. etc.

García Long enfrenta la problemática resultante de la «extracción» de figuras propias del *common law* como los «daños punitivos» al ámbito del arbitraje internacional, con los consecuentes problemas asociados al reconocimiento del laudo que los contenga en países que no reconozcan ese concepto. El texto es una magnífica oportunidad para pensar críticamente (la figura puede ser vista desde el plano sustantivo, como un potencial efecto de determinadas infracciones, o desde el plano procesal, como parte de las facultades del juez, el concepto puede o no ser parte del orden público internacional y el laudo que imponga dicha sanción puede o no ser reconocido, etc.).

La profesora Benatti deconstruye los problemas que están sobre la base de una figura que, de un tiempo a esta parte, está permitiendo a quienes carecen de acceso inmediato a los importantes recursos que impone un arbitraje internacional, hacerse de los fondos necesarios para hacer valer sus derechos. El examen de las tensiones entre la necesidad de que dichas partes accedan a la «jurisdicción» que acordaron y su autonomía valen tanto desde el punto de vista teórico como para poder negociar un contrato para ese financiamiento.

A su turno, el texto del profesor Grondona representa un valor especial para la práctica arbitral en el Perú, de cara a las denominadas cláusulas patológicas: su interpretación con base en las reglas interpretativas habituales —al margen de la regla *pro arbitrato*— de la interpretación de la voluntad de las partes, porque, al fin y al cabo, por muy «típico» que sea el pacto arbitral, sus particularidades no deberían estar exentas de la aplicación de las reglas hermenéuticas habituales. El convenio arbitral sigue siendo parte de un negocio jurídico mayor y debe ser interpretado como tal al margen de su autonomía.

En otra línea, los abogados Jorge López Fung y Miguel Colquicocha han sistematizado con un lenguaje fácil los principales problemas de la producción de documentos en el arbitraje internacional y de los reclamos de expropiación en los arbitrajes de inversión, respectivamente. Como se sabrá intuir, los problemas son infinitos, pero los textos que se ofrecen al lector le proporcionan una guía —también bibliográfica— ágil y suficiente para saber por dónde empezar. Desde esa perspectiva, mención especial merece la atención que da André Cossio a lo que específicamente ha ocurrido en el Perú —legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente— con el arbitraje potestativo.

Por su parte, los trabajos monográficos de Jhoel Chipana, Héctor Campos y Hugo Forno Odría ponen la atención en un asunto decisivo: la exacta configuración de las hipótesis y requisitos para la anulación de laudo. Notando a veces el cambiante temperamento de nuestras cortes, otras con consideraciones de *lege ferenda* y de política legislativa, otras con derecho comparado (o con reflexiones sobre textos normativos pensados para espacios transnacionales), el lector queda premunido de varias precauciones para recurrir (o evitar que la otra parte recurra) en anulación de laudo.

Esos últimos textos reflejan además un importante aspecto de nuestra cultura legal. Nuestras cortes, al habilitar el recurso de anulación para controlar la motivación, parecen querer borrar con el codo lo que el legislador escribió con la mano (en el artículo 62.2 la ley de arbitraje). El procedimiento no es inusual: la interpretación restrictiva de las normas es una técnica antigua y válida (*lex magis dixit quam voluit*, reza el aforismo) pero lo decisivo, para la consolidación del arbitraje más allá del *boom* que ahora existe, es la reflexión sistemática sobre el punto.

El derecho es ciencia por el carácter sistemático y riguroso de sus reflexiones y, desde esa perspectiva, todos los artículos reunidos en este libro contribuyen, en la medida de su propio tiempo, a esa consolidación.

Ramiro Portocarrero Lanatta

Profesor de Solución de Controversias
Pontificia Universidad Católica del Perú
Máster en Derecho de los Contratos
por la Università degli Studi di Roma II

INTRODUCCIÓN

Hace más de un año, unos jóvenes académicos y profesores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú se reunieron para sacar adelante dos obras colectivas: una sobre derecho de arbitraje y otra sobre derecho contractual financiero. El presente libro es el resultado final de una de ellas.

Este libro no es cualquier libro. Es uno que presenta al mercado a una nueva generación de abogados que creen en lo fructífero de complementar la práctica profesional con la investigación en Derecho.

La experiencia la adquirimos todos con el paso del tiempo. Al transcurso de un año, todos tendremos un año más de experticia profesional (seguramente unos de mayor valor). Sin embargo, al pasar este año no todos habrán leído la misma cantidad de libros, y no todos habrán hecho el mismo esfuerzo de investigar y proponer soluciones a problemas actuales. Incluso presentar soluciones a problemas que hemos podido anticipar en nuestro medio o que ya hayan ocurrido en otros países. Después de un año, todos tendremos un año de experiencia, pero no todos tendrán un año de experiencia académica.

En este libro escriben autores que tienen, en promedio, treinta años de edad. La intención es presentar un libro joven, escrito por una nueva generación. Así, es como se pretende seguir con una tradición que empezó hace años atrás por profesores de nuestra facultad.

En 1987 se publicó el libro *Temas de derecho contractual*, dirigido por Manuel de la Puente y Jorge Muñiz. En la presentación de aquel texto, ellos señalaron que: «La juventud tiene una visión especial del Derecho. Aun conociéndolo perfectamente, lo ve más recto, más limpio, más lógico, quizá porque con

su profunda capacidad de amor, lo ama también más». En dicho libro escribieron —en ese momento— jóvenes académicos y profesores como Hugo Forno, Edgardo Mercado Newman, Nelson Ramírez Jiménez, Ricardo Luque Gamero, Víctor Ramírez Vásquez, Humberto Jara Flores, Javier Castro Salinas y Lourdes Flores.

Posteriormente, en 1993 se publicó otro libro titulado *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. En dicho libro, y a manera de prólogo, Jorge Avendaño dijo que «[...] en los últimos años ha aparecido una nueva generación de abogados especialistas en derecho civil, que estudian la materia desde distintas vertientes y que están llamados a reemplazar a la “vieja hornada” que redactó el Código de 1984. Esta nueva generación se ha incubado preferentemente en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y a ella pertenecen, entre otros, los autores de estos valiosos trabajos». En este libro escribieron los —en ese entonces— jóvenes Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias, Felipe Cantuarias, Alejandro Falla, Hugo Morote, Luis Pizarro, Alberto Rebaza y Juan Rivadeneyra.

Este 2019, una nueva generación se hace presente con estudios jurídicos novedosos. El objetivo de esta publicación es seguir con la tradición que empezaron las ahora generaciones mayores de profesores de Derecho de la PUCP e incentivar a las que vienen a emprender el mismo proyecto.

Si hay algo que caracteriza a la Facultad de Derecho de la PUCP es el recambio generacional. O mejor aún, el autorecambio. Son los mismos profesores de derecho los que forman a los futuros profesores de derecho. Es esta relación entre maestro y discípulo lo que ha permitido y permite actualmente garantizar la calidad de los profesores de nuestra querida facultad a lo largo de los años.

La relación entre profesor-estudiante es distinta a la relación maestro-discípulo. Esta última relación tiene cuatro características que debemos recordar: la relación formativa, elegida, filial y afectiva.

El profesor es fungible respecto al estudiante y el estudiante respecto al profesor. El profesor y el estudiante son dos personas que tienen en común el interés por una materia en concreto, pero esto es probablemente lo único que les une. El profesor se presenta al salón para enseñar y el estudiante para aprender. Es un diálogo de un solo sentido. Si alguna vez se permite algún tipo de cuestionamiento por parte del alumno, esta se convierte en

una oportunidad perfecta para que el profesor reconfirme su superioridad en el conocimiento de la materia y defienda su postura. En este escenario no hay mutualidad.

Criticaba Thomas Bernhard que «[...] los profesores, al fin y al cabo, han sido siempre a fin de cuentas los obstaculizadores de la vida y de la existencia. En lugar de enseñar a los jóvenes la vida, de describirles la vida, de hacer de la vida para ellos una riqueza realmente inagotable por su propia naturaleza, la matan en ellos».

Al contrario, la relación maestro-discípulo no es fungible al tratarse de una relación formativa. El alumno elige al profesor y es con esta elección que el alumno se convierte en discípulo suyo; y, a su vez, transforma al profesor en maestro. El discípulo se pone a disposición de un profesor que admira académicamente para que éste ya no ejerza frente a él una labor de profesor sino de maestro. Como maestro, más que enseñar, debe mediar. Se convierte en un mediador del deseo que empuja a su discípulo a pensar por sí mismo.

Explicaba Georges Gusdorf que «el secreto del magisterio es que el maestro no existe [...]. No hay maestros, y los maestros menos auténticos son indudablemente aquellos que desde las alturas de una autoridad prestada presumen de maestros, intentando abusar de la confianza de los demás y engañándose sobre todo a sí mismos».

El maestro no enseña, por eso ya no es profesor. Un maestro se convirtió en maestro porque para él ya culminó su labor de transmisión de ideas. Ahora debe guiar a los estudiantes —que ahora son discípulos— a encontrar su propio camino y sus propias ideas. «El discípulo solo existe, pues, para el maestro, que es mediador de existencias. Pero el mismo maestro no existe más que para el discípulo. Hay una vocación del maestro al magisterio del que únicamente el testimonio del discípulo puede aportarle la revelación. Es normal que el maestro esté inquieto y que dude de su certeza. Ningún ser humano es completamente digno de soportar la aplastante carga de la verdad [...]. Es necesario, para que salga de su reserva, que el discípulo le dirija su requerimiento», concluye Gusdorf.

Al ser la relación maestro-discípulo una formativa y elegida, se convierte en una relación filial y afectiva. El maestro es como un padre intelectual para el discípulo. El maestro educa y guía al discípulo como lo hace un padre con sus propios hijos. «En esta relación filial, la función educadora se nutre de las

funciones familiares del alimento (espiritual), el cuidado y la protección. El maestro asume y las eleva al terreno de la guía, la orientación de la existencia, la disciplina», explicaba Fernando Bárcena. La formación de una escuela entre maestros y discípulos es similar a la formación de una familia.

En 1942 el filósofo Guido Cologero le escribió una carta de condolencia a su maestro Giovanni Gentile, quien había perdido a su hijo. En dicha carta el discípulo le decía a su maestro: «Déjeme decirle, querido profesor, que habiendo sido encaminado por usted hacia mi vocación [...] de investigador y enseñante, y considerándome un poco vuestro hijo espiritual (tal vez de manera inmodesta, y pese a la diferencia de ideas que mantenemos hoy en diversos dominios), me ha parecido, al recibir la noticia, que se me anunciaba la muerte de mi hermano, yo, que no tengo hermanos».

Y es esta labor del maestro a su discípulo lo que hace surgir una relación de afecto entre ellos. Si se tratase de una relación entre profesor y estudiante, en donde cada uno es fungible y existe una comunicación de una sola vía, difícil sería pensar de un sentimiento de aprecio entre ellos. Seguramente habrá respeto, pero no aprecio. Pero cuando el profesor hace algo más en favor de su estudiante, y se convierten mutuamente en maestro y discípulo, surge una filiación y aprecio que solo puede explicarse por lo que uno hace, intelectualmente, en favor del otro. Esto es algo que dura para toda la vida y del cual el discípulo estará eternamente agradecido.

Tras recibir el Premio Nobel de Literatura en 1957, Albert Camus le escribió una carta a su maestro Louis Germain, en donde decía lo siguiente:

He esperado a que se apagase un poco el ruido que me ha rodeado todos estos días antes de hablarle de todo corazón. He recibido un honor demasiado grande, que no he buscado ni pedido. Pero cuando supe la noticia, pensé primero en mi madre y después en usted. Sin usted, la mano afectuosa que tendió al pobre niño que era yo, sin su enseñanza y ejemplo, no hubiese sucedido nada de esto. No es que dé demasiada importancia a un honor de este tipo. Pero ofrece por lo menos la oportunidad de decirle lo que usted ha sido y sigue siendo para mí, y le puedo asegurar que sus esfuerzos, su trabajo y el corazón generoso que usted puso continúan siempre vivos en uno de sus pequeños discípulos, que, a pesar de los años, no ha dejado de ser su alumno agradecido. Le mando un abrazo de todo corazón.

¿Cuál es el último capítulo del maestro? Su momento más glorioso es, paradójicamente, su momento más trágico. El maestro cumple su magisterio cuando el discípulo se desprende de él. El maestro le da alas al discípulo, pero el discípulo no puede ignorar tales alas y debe empezar a volar, y volar lejos, lo más lejos posible de su maestro. El discípulo que no se aleja de su maestro nunca dejó de ser discípulo. «Se paga mal a un maestro si se permanece siempre discípulo», decía Nietzsche.

Por ello es que el maestro no enseña, sino guía. No enseña porque no es su labor crear seres que piensen idénticamente a él. Guía porque quiere crear mentes libres y autónomas, que incluso piensen diferente o en contra de lo que cree el propio maestro. El maestro no puede atrapar al discípulo en su pensamiento como el discípulo no puede permanecer cómodamente atrapado en él.

Dice Fernando Bárcena que «pensar como el maestro no es todavía pensar [...]. De ahí que, junto a la amistad espiritual, al proceso de filiación y adopción mutua entre maestro y discípulo, el momento de la ruptura y del adiós —pues hay que aprender a despedirse— sea el mejor modo de celebrar una relación que unió, amando, a dos».

A diferencia del profesor que será recordado por sus escritos, el maestro dejará un legado en los seres vivientes que son sus discípulos. El maestro sobrevive en aquellos que han experimentado su guía. Este es su verdadero legado, pero, también, su principal carga. Los maestros son lo que sus discípulos llegan a ser. Un maestro que ha hecho bien su trabajo será recordado por el testimonio de sus discípulos, pero, sobre todo, por lo que hagan sus discípulos con los demás.

La Facultad de Derecho de la PUCP ha sido cuna de muchos maestros, y es muy grato apreciar cómo estos maestros han sido la cuna de muchos otros nuevos maestros también. Quien en algún momento fue estudiante, pasó a ser discípulo y luego se convirtió en profesor. Varios de ellos, a su vez, dejaron de ser profesores para ser maestros de nuevas generaciones. Es así, a través de esta autopoiesis, que la Facultad de Derecho crea profesores sobre la base de sus propios profesores. El legado de varios maestros son las nuevas generaciones que los recuerdan y son estas las que posteriormente serán las responsables de tomar la posta y liderar el futuro de nuestra querida facultad.

La generación que se hace presente a través de los artículos publicados en este libro rinde homenaje a sus maestros y, con ello, a los cien años de creación de profesores en la Facultad de Derecho de la PUCP. Este libro es una señal de compromiso intelectual por lo que hicieron nuestros maestros y por lo que harán las futuras generaciones.

Sergio García Long
Pontificia Universidad Católica del Perú

L'ARBITRAGGIO

Paolo Gallo

1. L'ARBITRAGGIO

I giuristi romani discutevano circa la validità della clausola con cui si conferiva ad un terzo la facoltà di determinare l'oggetto del contratto¹; ma alla fine prevalse l'opinione favorevole². Molto spesso il ricorso alla determinazione da parte di un terzo è un mezzo che consente alle parti di appianare in modo agevole conflitti di interessi (Fici, 2002, p. 47).

Ai sensi dell'articolo 1349 c.c. le parti possono dare incarico ad un terzo di determinare l'oggetto del contratto (articolo 1349 c.c.); nei casi di questo genere si parla di arbitraggio. Anche l'arbitraggio ovviamente ricade nella figura generale dei contratti per relazione. Oltre all' articolo 1349 c.c. che disciplina specificamente l'arbitraggio, la fattispecie è richiamata da numerose altre norme del codice (artt. 630, 631, 632, 664, 665, 706, 733, 778, 1286, 1287, 1473, 1474, 1561, 1570, 2264, 2603 c.c.). La giurisprudenza ha peraltro escluso la possibilità di ricorso all'arbitraggio in materia di transazione³. Si ricorda in particolare l' articolo 1473 c.c. in materia di vendita, ai sensi del quale le parti possono affidare la determinazione del prezzo ad un terzo. Ai sensi dell'articolo 778, 1° comma, c.c. è viceversa nullo il mandato con cui si attribuisce ad altri la facoltà di designare la persona del donatario o di determinare l'oggetto della donazione. In materia di donazione, tenuto

¹ Ricca Barberis, 1903, p. 62; Scaduto, 1923, p. 55; anche in *Diritto civile*, Perugia 2002, I, p. 231; Fauceglia, 1982, p. 277; Zuddas, 1992; Criscuolo, 1995; Scarpello, 1999, p. 346; Villa, 2001, p. 850; Guerinoni, 2007, p.132 ss.; Maggiolo, 2012, p. 239.

² F. Gallo, 1970, p. 479; Criscuolo, 1995, pp. 34 e ss., ivi anche panorama delle soluzioni adottate nei vari ordinamenti europei.

³ Cass., 19 aprile 2002, n. 5707, GC, 2003, I, 2936.

conto del carattere liberale che connota l'attribuzione, si ritiene essenziale che sia il donante a scegliere personalmente l'oggetto della donazione, nonché il beneficiario di essa.

Il codice parla genericamente di determinazione della prestazione dedotta in contratto. Si tratta di un'espressione vaga che non chiarisce più di tanto i limiti dell'attività del terzo. Si tratta in altre parole di capire fino a che punto le parti possono rimettersi alla determinazione del terzo; se cioè sia possibile rimettere al terzo anche la determinazione dell'intero contenuto del contratto. Il codice parla di determinazione della prestazione; può quindi trattarsi della determinazione sia dell'oggetto del contratto, per esempio scelta o determinazione del bene oggetto di alienazione, sia dell'entità del corrispettivo⁴. Può inoltre convenirsi che è possibile incaricare il terzo della determinazione di elementi accidentali, come per esempio il tempo ed il luogo dell'adempimento. Più dubbio se il potere del terzo possa andare oltre; se cioè sia possibile incaricare il terzo anche della scelta del tipo contrattuale, della tipologia dello scambio, e così via. Alcuni ritengono che le parti debbano aver determinato non solo il tipo contrattuale, ma anche la causa e la natura delle prestazioni principali⁵. In questa prospettiva, anche per quel che riguarda la determinabilità dell'oggetto, occorrerebbe escludere la possibilità che il terzo venga incaricato di scegliere un bene senza indicazioni ulteriori; e che quindi debba risultare determinato per lo meno il genere, come per esempio un cavallo, una partita di stoffa, una damigiana di vino, e così via (Zuddas, 1992, p. 19). Altri invece hanno formulato soluzioni più liberali, sulla base della considerazione che l'ordinamento consente conferimenti di poteri ben più ampi; basti per esempio pensare a certe forme di rappresentanza generale, e così via⁶.

Si pensi per esempio ad una procura generale a vendere, senza indicazioni ulteriori. Si pensi ancora al biancosegno, la cui disciplina deve peraltro essere coordinata con quella dell'arbitraggio⁷. In questa prospettiva l'incarico di scegliere discrezionalmente l'oggetto dello scambio potrebbe addirittura apparire come un minus. Si è così sostenuta la possibilità che le parti rimettano

⁴ Cass., 12 gennaio 1979, n. 262.

⁵ Così Bianca, 2000, p. 330; seguito da Fici, 2005, p. 167, ivi riferimenti; Gabrielli, 2017, pp. 603-613, in partic. 606.

⁶ Si veda in particolare Zuddas, 1992, pp. 21 e ss., nonché la pagina di presentazione di Rescigno.

⁷ Più ampiamente.

al terzo anche la determinazione del tipo contrattuale (Zuddas, 1992, p. 22). Impostazione che non manca di trovare riscontri anche giurisprudenziali⁸. In realtà il legislatore non prevede limitazioni particolari, se non il fatto che comunque l'oggetto del contratto deve risultare determinabile. Si può quindi aderire all'opinione in base alla quale il terzo possa essere incaricato di determinare anche altri elementi del contratto (Zuddas, 1992, p. 22; Fici, 2002, p. 166); purché il contenuto minimo del contratto risulti determinato dalle parti, alle quali l'arbitratore non potrebbe comunque sostituirsi del tutto (Fici, 2002, p. 166).

In dottrina si è altresì discusso se il contratto con clausola di arbitraggio possa considerarsi concluso o meno⁹. In base ad un filone dottrinale risalente il contratto, in quanto incompleto, non poteva considerarsi concluso, se non a partire dal momento in cui aveva luogo la determinazione del terzo (ex nunc) (Ascarelli, 1952, p. 216). Attualmente del tutto prevalente è peraltro l'opinione in base alla quale ai fini della conclusione del contratto è sufficiente che le parti abbiano raggiunto un accordo sul contenuto minimo del contratto, causa e tipo, ed abbiano indicati i criteri in virtù dei quali deve aver luogo la determinazione¹⁰. Ai sensi dell'articolo 1346 c.c. è infatti sufficiente che il contratto abbia un contenuto determinato o determinabile; ne consegue pertanto che il contratto potrà esplicitare immediatamente i suoi effetti, come per esempio l'obbligo di devolvere una somma di denaro, o altro ancora; salvo ovviamente quelli che dipendono dalla parte mancante, come per esempio il trasferimento della proprietà di un oggetto da determinarsi da parte dell'arbitratore; trasferimento che avrà luogo, in analogia con quanto disposto in materia di vendita di cose fungibili, non appena l'oggetto risulterà determinato.

In primo luogo occorre che le parti abbiano determinato il modo di individuazione del terzo, o dato incarico ad altri soggetti, come per esempio il Presidente del Tribunale, di individuarlo. Si ritiene inoltre che

⁸ Cass., 4 marzo 1968, n. 700.

⁹ Ampiamente Fici, 2002, pp. 157 e ss., 165.

¹⁰ Zuddas, 1992, pp. 43 e ss., pp. 49 e ss., ivi riferimenti; Criscuolo, 1995, p. 85; Bianca, 2002, p. 333; articolo 2.1.14 PICC. Qualche dubbio in più è sorto nel caso in cui le parti abbiano fatto riferimento al mero arbitrio del terzo; nei casi di questo genere se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo (articolo 1349, 2° comma, c.c.), preferibile è peraltro ritenere che anche nei casi di mero arbitrio il contratto sia concluso: Fici, 2002, p. 164.

il diritto di nomina possa essere attribuito anche ad una sola delle parti (Zuddas, 1992, p. 72). L'incarico può essere attribuito ad uno o più terzi, non necessariamente in numero dispari (Zuddas, 1992, p. 75). A questi fini le parti provvedono in virtù della redazione di un'apposita clausola di arbitraggio, la quale ovviamente non deve essere confusa con la clausola compromissoria (Gabrielli, 2017, p. 216 e ss.). Ai fini della redazione della clausola di arbitraggio non si richiedono capacità particolari, diverse rispetto a quelle richieste ai fini della conclusione del contratto (Zuddas, 1992, p. 37); la clausola può essere contenuta nello stesso contratto o in accordi successivi (Zuddas, 1992, p. 35); in dottrina prevale inoltre l'opinione che la clausola non debba necessariamente essere redatta con le stesse forme previste per il contratto cui afferisce¹¹; con la conseguente configurabilità, secondo alcuni, di un conferimento di poteri anche tacitamente o per fatti concludenti¹²; a volte però la giurisprudenza parla impropriamente di procura e richiede pertanto che l'incarico sia conferito con le stesse forme richieste per il contratto da completare¹³. In ogni caso non si tratta di una clausola vessatoria (Zuddas, 1992, p. 40; Gabrielli, 2017, p. 220). La clausola deve inoltre indicare le modalità di scelta dell'arbitratore.

Dopo l'individuazione occorre procedere al conferimento dell'incarico, che il terzo è ovviamente libero di accettare o meno. L'accettazione dell'incarico da luogo alla conclusione di un contratto consensuale a forma libera. L'incarico è considerato revocabile, anche ad opera di una sola parte per giusta causa¹⁴. Il terzo può procedere senza formalità particolari, in linea di principio senza la possibilità di nominare un rappresentante, salvo che sia stato specificamente autorizzato. Se però il contratto è formale, la giurisprudenza richiede solitamente l'impiego della forma scritta¹⁵. Anche la risposta può essere

¹¹ Zuddas, 1992, p. 38, ivi riferimenti; in senso contrario Gabrielli, 2017, p. 219.

¹² Zuddas, 1992, p. 39, ivi riferimenti; Gabrielli, 2017, p. 223.

¹³ Cass., 13 dicembre 1969, n. 3965; Zuddas, 1992, p. 96.

¹⁴ Cass., 26 marzo 2002, n. 4283. «L'arbitraggio [...] è figura assimilabile ad un mandato collettivo; ne consegue che il negozio costituente la fonte dei poteri del terzo può essere revocato anche ad opera di una sola parte quando ricorra una giusta causa, trovando applicazione l'articolo 1726 c.c.».

¹⁵ Cass., 3 febbraio 1999, n. 887, GI, 2000, 59: «Quando per un negozio è prescritta la forma scritta ad substantiam, l'incontro delle volontà su tutti gli elementi essenziali del negozio deve risultare dallo scritto medesimo, per cui la determinazione o determinabilità dell'oggetto non può ricavarsi aliunde da elementi non scritti, estrinseci al contratto stesso»; Criscuolo, 1995, pp. 316 e ss.; già in precedenza ci siamo peraltro soffermati sul carattere eccessivamente rigido di una tale impostazione.

comunicata in linea di principio senza l'osservanza di formalità particolari. Occorre inoltre escludere che si tratti di una dichiarazione ricettizia; la determinazione è infatti valida anche nel caso in cui l'arbitratore dovesse morire prima di aver effettuato la comunicazione (Zuddas, 1992, p. 127; Gabrielli, 2017, pp. 242 e ss.). In caso di errore, la determinazione può essere modificata o rettificata anche dopo l'avvenuta comunicazione (Gabrielli, 2017, p. 245). Le parti possono indicare un termine per la determinazione dell'arbitratore; in caso contrario potrà essere fissato dal giudice (arg. ex articolo 1331, 2° comma, c.c.).

Oggetto di discussione è l'esatta natura del contratto di arbitraggio; in questo ambito si contengono il campo essenzialmente tre soluzioni: contratto di mandato, contratto d'opera o contratto atipico di arbitraggio.

La soluzione del problema potrebbe anche dipendere in concreto dal tipo di attività svolta dal terzo; se si tratta di atti giuridici la soluzione più appropriata è il mandato; se si tratta di atti materiali occorre viceversa far riferimento al contratto d'opera, o al contratto d'opera intellettuale. In realtà il riferimento al mandato non sembra appropriato, dato che la figura dell'arbitratore non può comunque essere confusa con quella di un rappresentante (Criscuolo, 1995, p. 170); si consideri ancora che l'arbitratore non compie atti di natura negoziale, come per esempio comprare o vendere, ma si limita a completare il contenuto di un contratto in conformità alle istruzioni ricevute. Più appropriato sembrerebbe pertanto il riferimento al contratto d'opera o a quello d'opera intellettuale, a seconda della natura dell'attività svolta dal terzo (Gabrielli, 2017, p. 226). In realtà non si tratta né di un contratto di mandato, né di un contratto d'opera, ma piuttosto di un contratto atipico, per l'appunto di arbitraggio.

Il contratto può essere a titolo oneroso o a titolo gratuito, a seconda che sia prevista o meno una retribuzione (Zuddas, 1992, p. 97). Un altro problema ancora concerne la trascrivibilità o meno del contratto con clausola di arbitraggio (Criscuolo, 1995, pp. 316 e ss.; Gabrielli, 2017, p. 213). Non si conoscono sentenze recenti che abbiano affondato la questione, salvo un paio di sentenze degli anni trenta del ventesimo secolo¹⁶. La dottrina che si è

¹⁶ Ricordate da Zuddas, 1992, p. 61; si veda però anche Cass., 18 gennaio 1979, n. 367, GC, 1979, I, 829; Riv. not., 1979, 611: «La trascrivibilità di un contratto di compravendita immobiliare [...] postula [...] che l'oggetto del contratto sia determinato, e, pertanto va esclusa in ipotesi di mera

occupata specificamene della questione si è espressa in senso tendenzialmente positivo, salva la necessità di valutare caso per caso, anche sulla base dei requisiti richiesti ai fini della nota di trascrizione (artt. 2659 c.c.) (Zuddas, 1992, pp. 59 e ss.). Si consideri ancora la possibilità della trascrizione della vendita obbligatoria (Gazzoni, 1991, p. 113), nonché adesso anche del preliminare.

Indubbiamente non è però possibile generalizzare, ma piuttosto occorre valutare caso per caso. Una cosa è per esempio un contratto relativo al trasferimento della proprietà di un immobile già determinato, salvo il conferimento ad un terzo dell'incarico di determinarne il valore; un'altra cosa è l'attribuzione ad un terzo dell'incarico di scegliere tra più beni immobili quello oggetto di trasferimento. La trascrizione potrà dunque aver luogo nel primo caso, non nel secondo.

2. I VARI TIPI DI ARBITRAGGIO

Il codice distingue due ipotesi di arbitraggio, a seconda che le parti abbiano dato incarico al terzo di procedere con equo apprezzamento (*arbitrium boni viri*) o in base al mero arbitrio (*arbitrium merum*). Si discute in cosa debba ravvisarsi la differenza tra i due tipi di arbitraggio. Recentemente in dottrina vi sono stati alcuni tentativi di riavvicinare le due figure, nel senso cioè di escludere che in ogni caso l'arbitratore possa decidere in modo capriccioso ed arbitrario; in questa prospettiva la differenza fondamentale tra le due figure dovrebbe ravvisarsi sotto il profilo delle più limitate possibilità di impugnazione previste in caso di mero arbitrio (Gallo, 1970; Zuddas, 1992, pp. 116, 121; Fici, 2002, pp. 184 e ss.); anche se sarebbe eccessivo giungere a parificare le due figure. Mero arbitrio non significa dunque arbitrarietà o puro capriccio; piuttosto occorre ritenere che le parti abbiano voluto autorizzare l'arbitratore a decidere sulla base delle sue valutazioni personali. In questa prospettiva equo apprezzamento significa dunque valutazione oggettiva; mero arbitrio, valutazione personale dell'arbitratore. Le parti possono riporre una tale fiducia nelle capacità di scelta e di decisione dell'arbitratore da autorizzarlo a decidere sulla base delle sue personali valutazioni. In ogni caso occorre

determinabilità del medesimo. Ne consegue, con riguardo alla vendita di terreni che debbono essere successivamente distaccati, a scelta dal compratore, da maggior consistenza di proprietà del venditore, che la determinabilità [...] non è sufficiente a consentire la trascrizione».

ritenere che il conferimento dell'incarico all'arbitratore non privi le parti della facoltà di completare personalmente il contenuto del contratto (arg. ex articolo 1724 c.c.); salvo il risarcimento dei danni (arg. ex articolo 1725 c.c.).

Dopo aver espletato il suo incarico, l'arbitratore è tenuto a darne comunicazione alle parti; per questa comunicazione non sono peraltro previste formalità particolari; è in ogni caso sufficiente che le parti vengano a conoscenza delle determinazioni dell'arbitratore. In genere è ammesso un limitato potere di rettifica dell'arbitratore, anche dopo l'avvenuta comunicazione della determinazione alle parti, purché il contratto non abbia ancora integralmente prodotto i suoi effetti come conseguenza dell'incompletezza o dell'inesattezza della determinazione stessa; si pensi per esempio al caso in cui venga previsto il pagamento in dollari statunitensi, anziché australiani¹⁷.

a) Ai sensi dell'articolo 1349, 1° comma c.c., nel caso in cui le parti abbiano incaricato l'arbitratore di decidere con equo apprezzamento, se manca la determinazione del terzo o questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice. Questo significa pertanto che nei casi di questo genere, mancata determinazione dell'arbitratore, decisione manifestamente iniqua o erronea, ciascuna parte ha la facoltà di rivolgersi direttamente al giudice affinché questi provveda personalmente¹⁸; salvo che ovviamente le parti abbiano escluso la possibilità dell'intervento del giudice (Gabrielli, 2017, p. 242; Fici, 2002, p. 215); o ancora le parti abbiano fatto riferimento al loro mero arbitrio; il che può sottendere la presenza di informazioni necessarie ai fini della determinazione del contenuto del contratto, a cui possono accedere solo le parti.

Il codice parla genericamente di determinazione manifestamente iniqua o erronea, senza precisare ulteriormente il concetto; diversamente da quanto accade per esempio in materia di contratti lesionari, dove occorre che vi sia una lesione ultra dimidium; si tratta in effetti di una clausola generale. Ne consegue che compete all'interprete chiarire quando una determinazione risulta manifestamente iniqua o erronea. L'unica precisazione è che la determinazione deve essere iniqua o erronea in modo manifesto; non sarebbe

¹⁷ Guerinoni, 2007, p. 159, *ivi*, riferimenti.

¹⁸ Cass., 5 agosto 1983, n. 5272: «Qualora il terzo [...] non addivenga alla determinazione [...] la relativa controversia [...] può essere risolta direttamente, anche per il principio generale dell'economia processuale, dal giudice [...]».

in altre parole sufficiente un piccolo errore o la presenza di un lieve squilibrio tra le prestazioni¹⁹. Si ha determinazione erronea quando l'arbitratore applica in modo inesatto i criteri tecnici di valutazione indicati dalle parti. Si ha determinazione iniqua quando l'interesse di una parte risulta sacrificato in modo eccessivo a vantaggio dell'altra²⁰.

Ancora diversi sono i casi in cui siano le parti stesse a non accordarsi circa la nomina dell'arbitratore, o l'arbitratore non accetti l'incarico e le parti non si accordino circa la sua sostituzione²¹. L'ipotesi non è specificamente disciplinata dal codice in termini generali; in materia di compravendita l'articolo 1473, 2° comma, c.c. dispone viceversa che se il terzo non vuole o non può accettare l'incarico, ovvero le parti non si accordano per la sua nomina o per la sua sostituzione, la nomina, su richiesta di una delle parti, è fatta dal Presidente del Tribunale. In queste condizioni secondo alcuni autori si tratterebbe di disposizioni applicabili solo in materia di compravendita, con la conseguenza quindi, in mancanza di accordo tra le parti, di rendere nullo il contratto per indeterminabilità dell'oggetto²². Secondo altri dovrebbe viceversa ritenersi possibile il ricorso al giudice affinché provveda alla determinazione o alla individuazione del terzo (Bianca, 2002, p. 336). Tra queste due soluzioni sembra preferibile la seconda in quanto più conforme al principio di conservazione del contratto.

b) Se invece le parti si sono rimesse al mero arbitrio del terzo, la sua determinazione può essere impugnata esclusivamente in caso di mala fede. L'errore, ancorché macroscopico dell'arbitratore non sarebbe in altre parole sufficiente, come pure la presenza di un forte squilibrio tra le prestazioni.

Se infatti la determinazione dell'arbitratore potesse essere impugnata nei casi di questo genere verrebbe meno la specificità di questa forma di arbitrato. Ai fini dell'impugnazione occorre pertanto la prova della mala fede,

¹⁹ Alcune sentenze richiedono peraltro a questi fini la presenza di uno squilibrio ultra dimidium: Cass., 30 dicembre 2004, n. 24183: «In tema di arbitraggio, per stabilire quando la determinazione della prestazione da parte del terzo sia impugnabile per manifesta iniquità ai sensi dell'articolo 1349 c.c., deve farsi riferimento, in mancanza di un criterio legale, al principio desumibile dall'articolo 1448 c.c., sicché ricorre la manifesta iniquità in presenza di una valutazione inferiore alla metà di quella equa».

²⁰ Cass., 25 giugno 1983, n. 4364.

²¹ Gabrielli, 2017, p. 242. Anche in caso di rinuncia, le parti possono sempre provvedere alla sostituzione degli arbitrori: Cass., 29 aprile 1999, n. 4303, Inf. e dir., 2000, I, 25.

²² Zuddas, 1992, p. 74, ivi riferimenti.

correntemente intesa come volontà dell'arbitro di favorire ingiustamente una parte a scapito dell'altra²³. Provata la mala fede non occorre peraltro fornire la prova di elementi ulteriori, come per esempio la presenza di un danno o di una lesione.

In caso di mero arbitrio, se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo. Non è quindi prevista né la possibilità di una scelta dell'arbitratore da parte del giudice²⁴, né tanto meno quella di una determinazione direttamente ad opera del giudice. Queste differenze di regime rispetto ai casi di arbitraggio secondo equo apprezzamento si spiegano ove si consideri che, la sostituzione della persona scelta dalle parti con un altro soggetto frustrerebbe la scelta effettuata dalle parti di rimettersi alla valutazione personale di una persona di loro fiducia, e non necessariamente di altre (*intuitus personae*).

3. LE CONDIZIONI GENERALI DELLA PRODUZIONE

A prescindere dal tipo di arbitraggio scelto dalle parti, l'articolo 1349, 3° comma, c.c. precisa ulteriormente che nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento. Si tratta di un concetto il cui esatto significato non è a tutto oggi del tutto chiaro²⁵.

Si tratta di una di quelle affermazioni, chiaramente datate, con cui il legislatore ha voluto dare ossequio alla politica dirigista del regime di quegli anni. Il terzo dovrebbe cioè tener conto, oltre che delle indicazioni delle parti, delle esigenze dell'economia nel suo complesso, nonché dell'andamento della produzione. In ogni caso non occorre dilungarsi più di tanto, dato che si tratta di un'affermazione che è rimasta praticamente lettera morta, tenuto altresì conto del fatto che non sono previste sanzioni.

²³ Così, Cass., 2 febbraio 1999, n. 858: «L'arbitratore [...] può decidere secondo il suo criterio individuale, in quanto le parti hanno riposto piena fiducia nella sua correttezza ed imparzialità, oltre che nella sua capacità di discernimento. Il suo apprezzamento si sottrae, pertanto, ad ogni controllo nel merito della decisione e le parti possono impugnare la determinazione solo dimostrando che egli ha agito intenzionalmente a danno di una di esse»; Cass., 12 giugno 2014, n. 13379.

²⁴ Secondo alcuni autori nei casi di mancata determinazione da parte del terzo, le parti sarebbero tenute a nominare un altro arbitro: Fici, 2002, p. 199.

²⁵ Gabrielli, 2017, pp. 235 e ss., ivi riferimenti.

4. LA NATURA DELLA DETERMINAZIONE DELL'ARBITRATORE

In dottrina ha dato luogo a discussione l'individuazione dell'esatta natura dell'attività svolta dall'arbitratore²⁶. Secondo alcuni si tratterebbe di un atto negoziale²⁷, qualificabile come di accertamento; l'arbitratore opererebbe come una sorta di rappresentante; secondo altri si tratterebbe di un atto giuridico; secondo altri ancora di un fatto giuridico. In realtà occorre tener conto dell'estrema varietà delle attività che possono essere demandate ad un terzo; il quale può essere incaricato di effettuare un'operazione puramente materiale, come per esempio un sorteggio, o ancora la misurazione di un fondo, e così via; o viceversa essere incaricato di determinare il valore di un bene, come per esempio un quadro, un gioiello, e così via (Criscuolo, 1995, p. 170).

In base all'impostazione tradizionale, l'esatta individuazione della natura, negoziale o non negoziale, dell'attività svolta dall'arbitratore rivelerebbe altresì sotto il profilo dell'impugnabilità della determinazione dell'arbitratore per incapacità e per vizi del consenso; possibilità di impugnazione che potrebbe ammettersi solo nel caso in cui si ravvisi la natura negoziale dell'attività dell'arbitratore²⁸. In realtà, quand'anche si volesse ammettere la natura negoziale dell'attività dell'arbitratore, non necessariamente ne discende altresì l'impugnabilità per vizi del consenso.

L'alternativa fondamentale è quella tra atti negoziali ed atti non negoziali. Ciò premesso sembra agevole avviare a soluzione il problema; si consideri infatti in primo luogo che la figura dell'arbitratore non può essere confusa con quella del rappresentante. Compito dell'arbitratore non è quello di effettuare dichiarazioni, finalizzate a produrre effetti giuridici, come per esempio una proposta finalizzata all'acquisto di un bene in nome e per conto del rappresentato, ma unicamente quello di compiere una o più operazioni

²⁶ Zuddas, 1992, pp. 83 e ss., ivi riferimenti; Gabrielli, 2017, pp. 206 e ss.; Fici, 2002, pp. 168 e ss.; Barenghi, 2005, pp. 214 e ss., 216, 218 secondo il quale l'atto determinativo non ha natura negoziale, ma piuttosto si tratterebbe di una dichiarazione non negoziale di volontà, così come delineata da Panuccio, 1966, con conseguente applicabilità della disciplina dei vizi del consenso. Le dichiarazioni non negoziali di volontà sarebbero inoltre suscettibili per loro natura di revoca, integrazione e modifica; Guerinoni, 2007, p. 139.

²⁷ In Germania l'atto determinativo è considerato una dichiarazione recettizia, amorfa e irrevocabile, comunemente classificata tra i negozi giuridici: sul punto Barenghi, 2005, pp. 70-216.

²⁸ Gabrielli, 2017, p. 252, ivi riferimenti.

finalizzate a determinare l'oggetto di un contratto; a seconda dei casi può trattarsi di un'operazione puramente materiale, come per esempio nel caso in cui un geometra sia stato incaricato di effettuare una misurazione, un sorteggio, e così via, o viceversa di un'attività di tipo intellettuale, come per esempio stimare il prezzo di un prodotto. In entrambi i casi si tratta di attività esecutive di un incarico ricevuto, di compiere un'attività di tipo materiale o intellettuale; in altre parole l'arbitratore si limita ad adempiere l'incarico ricevuto. Ma proprio perché si tratta di un adempimento, quello che rileva non è tanto l'intenzione, o lo stato d'animo, o ancora la capacità effettiva di intendere o di volere dell'arbitratore; l'unica cosa che rileva è il risultato oggettivo raggiunto, vale a dire il contenuto della determinazione.

Se una persona da incarico ad un imbianchino di tinteggiare il suo appartamento, l'unica cosa che conta è l'esattezza dell'esecuzione, non sicuramente le modalità con cui ha avuto luogo l'adempimento, o il fatto che il prestatore d'opera fosse costantemente sotto l'effetto di sostanze alcoliche durante l'esecuzione. Un discorso comparabile può essere ripetuto a proposito dell'arbitratore. Si consideri ancora che ai sensi dell'articolo 1389 c.c. non si richiede neppure che il rappresentante abbia la capacità di agire; è sufficiente che abbia la capacità di intendere e di volere; ne consegue che, a maggior ragione, in materia di arbitraggio nessuno impedisce di attribuire un incarico ad una persona minorenni, o addirittura ad un bambino, ove per esempio si tratti di effettuare un mero sorteggio, o ancora ad una persona incapace, o ad una persona molto anziana (Zuddas, 1992, p. 76); non si richiede inoltre che l'incaricato abbia una competenza specifica nel settore in cui deve aver luogo la determinazione; come per esempio nel caso in cui due contraenti decidano di deferire la determinazione del valore di un quadro ad una persona completamente a digiuno delle quotazioni delle opere d'arte, e così via. Ma se così stanno le cose, risulta evidente che l'attività dell'arbitratore nella misura in cui integra gli estremi dell'adempimento di un incarico ricevuto non può essere considerata un'attività dichiarativa, ma piuttosto un'attività di tipo materiale, conseguente l'adempimento di un contratto d'opera materiale o intellettuale.

In dottrina ci si è domandati se la figura del biancosegno sia compatibile con l'arbitraggio²⁹; se cioè le parti possano utilizzare la tecnica del biancosegno,

²⁹ Cass., 8 agosto 1990, n. 8010.

da compilarsi da parte di un terzo, per completare il contratto. In realtà nulla osta all'impiego di questa tecnica in materia contrattuale; in virtù della firma del foglio in bianco, le parti assumono inequivocabilmente l'impegno di far propria la determinazione dell'arbitratore (Zuddas, 1992, p. 64; Gabrielli, 2017, p. 191).

5. L'IMPUGNABILITÀ PER VIZI DEL CONSENSO

Ma se così stanno le cose è altresì possibile rispondere negativamente alla questione circa l'ammissibilità o meno di un'impugnazione della determinazione dell'arbitratore per incapacità e per vizi del consenso. Non trattandosi di un'attività di tipo dichiarativo, ma del mero compimento di un'attività materiale o intellettuale in adempimento dell'incarico ricevuto, ne consegue l'inammissibilità di un'impugnazione per incapacità o per vizi del consenso³⁰.

In materia di arbitraggio l'unica cosa che conta è il risultato oggettivo raggiunto dall'arbitratore. Solo nel caso in cui la sua determinazione sia manifestamente iniqua o erronea è possibile procedere ad impugnazione. Tutto il resto non rileva, come per esempio il fatto che l'arbitratore ha commesso un errore, ma non tale da dar luogo ad una determinazione manifestamente iniqua o erronea; come pure non rileva il fatto che durante la determinazione fosse sotto l'effetto di bevande alcoliche, e così via. La giurisprudenza precisa ulteriormente che il contratto di conferimento di incarico professionale al terzo arbitratore non può essere risolto per inadempimento, tenuto conto del fatto che la determinazione dell'arbitratore è impugnabile solo nei casi previsti dalla legge³¹. In caso contrario si giungerebbe a stravolgere il sistema delineato dal legislatore, allargando le maglie delle possibilità di impugnazione; in palese contrasto con quanto specificamente disposto dal codice³².

³⁰ In senso contrario Barengi, 2005, p. 218; si vedano inoltre: T. Roma, 16 gennaio 1978, Temi rom., 1978, p. 136; T. Lanusei, 13 novembre 1989, Riv. giur. sarda, 1990, 448: «Poiché l'arbitratore non formula un giudizio né risolve una controversia e la sua determinazione integra un negozio giuridico, la stessa è soggetta non alle impugnazioni di carattere processuale di cui agli artt. 827 e ss. c.p.c., bensì ai rimedi che la legge sostanziale appresta contro i negozi nulli o annullabili, quali l'impugnazione per dolo, manifesto errore o violazione dei limiti del mandato». Si veda inoltre Bianca, 2000, pp. 336 e ss., il quale sebbene non qualifichi come negoziale la determinazione dell'arbitratore, ne ammette l'impugnabilità sotto vari profili.

³¹ Cass., 12 giugno 2014, n. 13379.

³² Così, Zuddas, 1992, p. 153.

6. L'ARBITRAGGIO DI PARTE

A notevoli discussioni ha dato la configurabilità di un arbitraggio di parte³³. La dottrina tradizionale (Guglielmucci, 1973, pp. 225-234) e così pure la giurisprudenza³⁴, per lo più lo escludeva, sulla base della considerazione che verrebbe meno la necessaria imparzialità della determinazione. In realtà la figura non deve essere demonizzata più di tanto; si consideri infatti che in altri ordinamenti, come per esempio in Germania, essa costituisce oggetto di una ben precisa disciplina legislativa (§ 315 BGB)³⁵. Analogamente dispone l'articolo 6.105 dei PECL (Antoniolli e Veneziano, 2005), nonché l'articolo 1164 cod. Nap., come riformato nel 2016 (Klesta, 2018, pp. 104 e ss.). La più recente dottrina, anche sulla base di un'accurata ricostruzione delle origini storiche dell'istituto³⁶, ha quindi rivalutato l'arbitraggio di parte, ritenendolo in linea di principio ammissibile³⁷. Del resto vi sono situazioni in cui la determinazione unilaterale e/o la variazione in corso di rapporto corrispondono ad esigenze di carattere oggettivo non altrimenti soddisfabili (Fici, 2002, pp. 55 e ss.; Barengni, 2005, p. 137).

³³ Albertario, 1926, p. 15; Guglielmucci, 1973, p. 225; Dalbosco, 1986, p. 91; Schlesinger, 1992, p. 18; Barengni, 1998; Barengni, 2001, p. 99; Barengni, 2005; Fici, 2002, p. 389; Fici, 2005, p. 54 e ss.; Gabrielli, 2017, pp. 236 e ss., ivi riferimenti; Guerinoni, 2007, pp. 166 e ss., ivi, riferimenti anche al *common law*, pp. 175 e ss.; Klesta, 2018, pp. 90-115, in partic. 104.

³⁴ Cass., 29 ottobre 1975, n. 3677, FP, 1975, I, 360; GI, 1976, I, 1, 697, con nota di Alpa, 1976, p. 902; Cass., 10 giugno 1982, n. 3529: «Il contratto preliminare deve contenere gli elementi essenziali atti ad individuare e a determinare l'oggetto e il contenuto del contratto definitivo. Pertanto, qualora venga omessa o resti incompleta l'indicazione dei suddetti elementi, e l'oggetto del preliminare non sia quindi determinato o determinabile, come prescrive l'articolo 1346 c.c. —al quale fine non può ritenersi sufficiente il riferimento al futuro accordo delle parti o alla futura scelta di una sola di loro— ne consegue la nullità del medesimo preliminare, ai sensi dell'articolo 1418 c.c.»; Barengni, 2005, pp. 136 e ss., ivi analisi della giurisprudenza tradizionale.

³⁵ Dalbosco, 1987, p. 328, in senso favorevole anche i codici più vicini al modello tedesco, come il codice greco (artt. 371, 372), il codice portoghese (articolo 400), il nuovo codice civile olandese del 1992, nonché lo UCC (open price term: articolo 2-305); lo esclude invece il codice spagnolo (articolo 1256 c.c.); aperture recenti anche da parte della giurisprudenza francese: sul punto: Barengni, 2005, pp. 18 e ss., 120.

³⁶ La rimessione della determinazione dell'oggetto all'equo apprezzamento era generalmente ammessa dal diritto giustiniano: Albertario, 1926, pp. 15 e ss.; Guglielmucci, 1973, pp. 225, 234.

³⁷ F. Gallo, 1970, p. 418; Zuddas, 1992, pp. 79 e ss.; Fici, 2005, pp. 13 e ss.; Barengni, 2005, pp. 13 e ss., il quale ricorda che già Domat si era espresso in senso favorevole; contrario era invece Pothier; già Domat aveva dunque fatto riferimento al giusto prezzo, ivi, 18; Ghestin, 1994, p. 533; Macario, 2006, pp. 1875-1877.

Si pensi per esempio al mandato, e più in generale ai rapporti di carattere fiduciario, alle gestioni patrimoniali e così via, con riferimento alle quali è lo stesso codice a contemplare la possibilità che il mandatario possa discostarsi dalle istruzioni ricevute in corso di rapporto, ove si verificano situazioni non previste e non sia possibile richiedere tempestivamente istruzioni (articolo 1711, 2° comma, c.c.) (Barenghi, 2005, p. 186); possibilità che è intesa come un vero e proprio dovere da parte della giurisprudenza³⁸. In altri casi la concessione di un potere unilaterale di determinazione e/o di variazione del contenuto del contratto può essere funzionale ad incentivare la conclusione del contratto da parte di soggetti avversi al rischio (Fici, 2002, p. 55). Si pensi per esempio al riconoscimento del potere unilaterale di determinare la quantità fornita nel contratto di somministrazione (articolo 1560, 2° comma, c.c.), subfornitura (articolo 6, 1° comma, l. 18 giugno 1998, 192), e così via. Ma si pensi ancora ad un contratto di mutuo in cui si sollevi il mutuante dal rischio della variazione del tasso di interesse consentendogli di scegliere in corso di rapporto tra tasso fisso e variabile. In materia di contratti bancari di conto corrente, il riconoscimento a favore della banca della possibilità di adeguare in modo unilaterale il tasso di interesse a quello praticato dalla BCE, soddisfa all'esigenza di consentire un rapido adeguamento di ogni singolo contratto alle condizioni di mercato; tenuto altresì conto di esigenze di uniformità dei contratti conclusi con i clienti, nonché ancora l'impraticabilità di contattare ogni singolo cliente per concordare singolarmente nuove condizioni di contratto; salva ovviamente la necessità di darne pronta comunicazione al cliente che ha a sua volta facoltà di recedere dal contratto (articolo 33, 4° e 5° comma, cdc). Un altro settore ancora è quello dei contratti di distribuzione (franchising, concessione di vendita e così via), in cui il potere unilaterale del concedente di determinare e/o modificare in corso di rapporto, le modalità di presentazione dei prodotti, della vendita e così via, si giustifica con esigenze di armonizzazione dei vari punti vendita affiliati (Arrunada, Garicano e Vazquez, 2001, p. 257).

Numerosi sono del resto i casi in cui è lo stesso legislatore a prevedere poteri di determinazione e/o di modificazione unilaterale del contratto (Barenghi, 2005, pp. 183 e ss.), come per esempio in materia di legato (articolo 632 c.c.);

³⁸ Cass., 11 dicembre 1995, n. 12647, GI, 1997, I, 1, 518; FI, 1996, I, 544; GC, 1996, I, 1703; Contr., 1996, 248; RDCo, 1996, II, 177; Danno e resp., 1996, 183; Cass., 5 maggio 1998, n. 4486, GC, 1999, I, 1147.

temine dell'adempimento (articolo 1183 c.c.); obbligazioni generiche (artt. 1178, 1179 c.c.); obbligazioni alternative, dove la facoltà di scelta compete normalmente al debitore stesso (articolo 1286 c.c.); somministrazione (articolo 1560 c.c.); locazione (artt. 1577, 1583 c.c.); appalto (articolo 1661 c.c.); trasporto (artt. 1685, 1686, 1690 c.c.); mandato (articolo 1711 c.c.); spedizione (articolo 1739 c.c.); agenzia (articolo 1746 c.c.); deposito (articolo 1770 c.c.); apertura di credito (articolo 1844 c.c.); lavoro subordinato (articolo 2103 c.c.). Ma si pensi ancora ai casi di vendita di cose determinate solo nel genere, in cui parimenti l'individuazione viene solitamente fatta dal venditore stesso (articolo 1378 c.c.); può ancora essere interessante ricordare che è configurabile una vendita generica anche in materia di beni immobili, per esempio area di parcheggio, appartamento, da scegliersi da parte del venditore³⁹ o del compratore⁴⁰. Ma si pensi ancora all'opzione, la quale consente ad una parte di decidere in modo unilaterale addirittura se concludere o non concludere il contratto (Barenghi, 2005, p. 183); un discorso comparabile può essere ripetuto a proposito della proposta irrevocabile; per converso il recesso consente ad una parte di decidere, sempre in modo unilaterale, se porre fine o meno al vincolo contrattuale (Fici, 2002, p. 193).

Frequenti sono le clausole che prevedono la variazione o la rinegoziazione dell'accordo in seguito al verificarsi di certe condizioni in materia di contratti conclusi con la pubblica amministrazione⁴¹. In alcuni casi il ricorso alla

³⁹ Cass., 29 luglio 1983, n. 5225: «Il contratto con cui le parti convengono di trasferire una determinata estensione immobiliare (nella specie, un posto macchina aperto) considerata come fungibile, da distaccarsi ad opera del venditore da una entità di maggiori dimensioni [...]»; Cass., 4 febbraio 1992, n. 1194.

⁴⁰ Cass., 18 gennaio 1983, n. 462, GC, 1983, I, 2007.

⁴¹ Tar Lazio, 8 luglio 2002, n. 6175, Riv. amm., 2002, 1102; Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, GC, 2003, I, 1141; Cons. Stato, 25 marzo 2003, n. 1544, Foro amm. CDS, 2003, 924; Tar Emilia Romagna, 8 maggio 2003, n. 549: «Nell'ambito di una gare d'appalto per la fornitura di farmaci il divieto di rinegoziazione non può valere allorquando l'amministrazione appaltante si avvalga di una clausola della lettera di incito [...] in cui sia chiaramente prevista la facoltà (cd. ius variandi) di modificare il prezzo dell'appalto (in positivo o in negativo), in caso di nuove disposizioni (nella specie in materia tariffaria) da parte dell'autorità»; Cons. Stato, 11 maggio 2004, 2969, Dir. e giust., 2004, 109; Foro amm CDS, 2004, 1425: «L'uscita sul mercato di un farmaco generico, resa possibile dalla scadenza del brevetto farmaceutico, rappresenta un evento che si ripercuote immediatamente sul valore del bene, che passa da un regime di esclusiva a quello di libero mercato. Ne consegue che la clausola che attribuisce al fornitore la scelta se ricondurre il prezzo della fornitura al nuovo prezzo di mercato o di recedere dall'obbligo di continuare a fornire il prodotto al nuovo prezzo, è legittima in quanto non determina un obbligo a rinegoziare

determinazione unilaterale è viceversa escluso (articolo 33, 2° comma, lett., c.d.c.⁴²; articolo 6, l. 18 giugno 1998, 192), o fortemente limitato (artt. 1661, 1938 c.c.), per esigenze di tutela nei confronti di categorie, come per esempio i consumatori, considerate deboli.

Dubbi residuano semmai in ordine ai limiti di ammissibilità dell'arbitraggio di parte; secondo alcuni autori non vi sarebbero limiti di sorta, con conseguente ammissibilità anche di un arbitraggio di parte rimesso al mero arbitrio⁴³. In realtà sembra preferibile limitare l'arbitraggio di parte ai soli casi di equo apprezzamento⁴⁴. In caso contrario potrebbe risultare valida anche la clausola in virtù del quale «ti vendo il bene x al prezzo che tu vorrai», o ancora «ti loco l'appartamento al prezzo che tu riterrai opportuno» e così via (Scognamiglio, 1972, p. 91; Realmonte, 2000, p. 58). Il che non soddisfa ai requisiti di determinatezza dell'oggetto del contratto, sottoponendo il contraente al mero arbitrio della controparte. In questi termini può considerarsi valida anche la clausola, diffusa specie nei contratti di acquisto di beni prodotti in serie come per esempio le automobili, che fa rinvio al prezzo in vigore al tempo della consegna⁴⁵.

La Corte di Cassazione ha così ritenuto valida la vendita di un lotto di terreno da individuarsi da parte del compratore in un più ampio appezzamento⁴⁶; ha inoltre ritenuto valide le clausole di determinazione unilaterale anche

i prezzi in precedenza pattuiti, ma rappresenta un sistema di adeguamento del prezzo alla nuova realtà di mercato».

⁴² In materia di contratti dei consumatori si vedano in particolare T. Roma, 21 gennaio 2000, BBTC, 2000, II, 207; Giur. comm., 2000, II, 21; Corr. giur., 2000, 496; FI, 2000, I, 2045; GI, 2000, 1847; NGCC, 2000, I, 473: «Sono vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori che —anche in forma di uan clausola di indicizzazione— attribuiscono alla banca il potere unilaterale di modificare le condizioni economiche del rapporto senza obbligo di immediata comunicazione al cliente, e le clausole che attribuiscono alla banca il potere di modificare unilateralmente le condizioni giuridico normative del rapporto nei contratti a tempo indeterminato anche in assenza di un giustificato motivo. Non rappresenta riferimento ad un giustificato motivo il generico rinvio alle proprie necessità organizzative»; A. Roma, 24 settembre 2002, GI, 2003, 904.

⁴³ Zuddas, 1992, pp. 79 e ss.; in questo senso si veda anche il § 315 BGB.

⁴⁴ F. Gallo, 1970, p. 418; Barengi, 2005, pp. 16, 137 e ss., 141, 143, 148, 155, 159; Fici, 2002; in questo senso si veda già A. Genova, 9 novembre 1928, Temi gen., 1928, p. 393.

⁴⁵ In senso contrario: Guglielmucci, 1973, pp. 225-234; in senso favorevole: Dalbosco, 1987, pp. 91-94, ivi, altresì una approfondita analisi della questione nel diritto tedesco.

⁴⁶ Cass., 18 gennaio 1979, n. 367, GC, 1979, n. 367: «[...] vendita di terreni che debbano successivamente essere distaccati, a scelta del compratore, da maggior consistenza di proprietà del venditore [...]»; si veda però anche: Cass., 12 luglio 2000, n. 9235.

in altre occasioni⁴⁷. La Corte di Cassazione ha viceversa ritenuta nulla per indeterminatezza dell'oggetto la clausola di un contratto di agenzia che prevedeva che il preponente potesse modificare unilateralmente, ed in modo del tutto arbitrario, le tariffe provvisionali⁴⁸. Si è inoltre ritenuta nulla la clausola penale che prevede la determinazione della penale da parte del contraente a cui favore è posta⁴⁹.

Ove pertanto si ritenga ammissibile l'arbitraggio di parte nei limiti dell'equo apprezzamento, ne consegue che nei casi di mancata determinazione della parte, o di determinazione manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è effettuata dal giudice con equo apprezzamento (arg. ex articolo 1349, 1° comma, c.c., articolo 6.105 PECL)⁵⁰.

Compete quindi alle parti indicare eventuali meccanismi sostitutivi od integrativi; in caso contrario provvederà il giudice⁵¹. Se infatti le parti hanno fatto riferimento ad un parametro oggettivo, l'equo apprezzamento, l'equilibrio tra le prestazioni, e così via, è indifferente il soggetto che in concreto effettua la determinazione. Salvo ancora il diritto di recesso della

⁴⁷ T. Venezia, 21 luglio 1992, GI, 1993, I, 2, 680: «Il familiare di un anziano cronico non autosufficiente è tenuto a pagare la retta di ricovero in istituto, ove se ne sia assunto l'obbligo con specifica convenzione, ancorché la determinazione della prestazione e delle sue modificazioni (aumenti di rette) sia rimessa alla volontà unilaterale dell'istituto»; Cass., 10 maggio 1997, n. 4088, Soc., 1997, n. 706; Vita not., 1997, 821, 1372: «[...] inoltre non comporta rimessione del contenuto della prestazione all'arbitrio di una delle parti contraenti, la previsione contrattuale che [...] affida la determinazione del corrispettivo dovuto [...] al consiglio di amministrazione [...]».

⁴⁸ Cass., sez. lav., 8 novembre 1997, n. 11003, GC, 1998, I, 2889, con nota di Pagliantini, Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modifica unilaterale del contratto? ; Contr., 1998, 255, con nota di Lener, Clausola modificativa delle provvigioni per i promotori; analogamente in un caso di modificabilità unilaterale dell'entità del canone: Cass., 12 aprile 2002, n. 5281, Dir. E Giur., 2002, 70; Fici, 2002, p. 170.

⁴⁹ P. Putignano, 2 aprile 1990, Giur. merito, 1992, p. 75.

⁵⁰ Fici, 2002, pp. 58 e ss., 200 e ss., il quale considera l'articolo 1349 c.c. espressione di una logica generalizzabile a tutti i casi di determinazione di un contratto, originariamente, o successivamente incompleto, ivi 167; in senso conforme Barenghi, 2005, pp. 208 e ss., secondo il quale è essenziale che vi siano meccanismi di integrazione in caso di mancata determinazione o di correzione in caso di cattiva determinazione.

⁵¹ Barenghi, 2005, pp. 208 e ss., indica più alternative: a) determinazione da parte dello svantaggiato; b) determinazione da parte di un e terzo nominato dal giudice; c) determinazione da parte del giudice stesso (arg. ex artt. 1287, 1349, 1474 c.c.).

controparte, come per esempio in materia di contratti bancari (articolo 33, 4° comma, cdc).

7. LO JUS VARIANDI UNILATERALE

Un discorso comparabile può essere ripetuto a proposito dello jus variandi unilaterale, un tempo considerato con sospetto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza⁵², in quanto considerato derogatorio rispetto al carattere normalmente bilaterale dell'accordo (artt. 1321, 1372 c.c.)⁵³. In realtà i casi in cui è lo stesso legislatore a disciplinare ipotesi di variazione unilaterale del contratto sono numerose, specie in ambito bancario; significative applicazioni sono inoltre previste anche in materia di diritto del lavoro (articolo 2103 c.c.)⁵⁴. Ai sensi degli artt. 117 e 118 tub, nei contratti di durata può essere convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni di contratto qualora sussista un giustificato motivo⁵⁵. Qualunque modifica unilaterale deve essere comunicata usando la formula «proposta di modifica unilaterale del contratto», con preavviso minimo di trenta giorni, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente⁵⁶. La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro sessanta giorni⁵⁷. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente

⁵² Cass., 28 gennaio 1975, n. 339, Arch. civ., 1975, 363: «La clausola dell'atto convenzionale di una concessione contratto, con la quale il concessionario accetti preventivamente le eventuali variazioni della misura del canone che, in pendenza della concessione, siano disposte dall'amministrazione concedente, è nulla ai sensi degli artt. 1418 e 1346 del codice civile, non essendo la modifica della prestazione né determinata né determinabile secondo criteri prestabiliti».

⁵³ Rescio, 1987, p. 98; Schlesinger, 1992, p. 18; Costanza, 1992, p. 320; Bussoletti, 1994, p. 465; Nivarra, 1996, p. 319; Nivarra, 2000, p. 465; Gaggero, 1996, p. 335; Gaggero, 1999; Pagliantini, 1998, p. 412; Gambini, 2000; Roppo, 2001, p. 139; A. M. Benedetti, 2002, pp. 437-462 e ss.; Fici, 2002, pp. 188 e ss., ivi riferimenti; Barengi, 2005; Guerinoni, 2007, pp. 171 e ss.; G. Iorio, 2008; Bochicchio, 2008, p. 1243; Sirena, 2010; Scarpello, 2012, p. 575; Pagliantini, 2012, p. 971; Capurro, 2013, pp. 1341-1378; M. Gambini, 2013, pp. 981-1014; Zoppini, 2016, pp. 136-153. Demogue y Jamin, 2013.

⁵⁴ Cass., 24 marzo 2010, n. 7045, NGCC, 2010, I, 1057, con nota di Marra, Il carattere disciplinare del trasferimento e del licenziamento ancora una volta al vaglio della Supr. Corte.

⁵⁵ Cass., 18 giugno 1992, n. 7547, occorre inoltre che la clausola indichi i presupposti per l'esercizio dello jus variandi, pena la sua indeterminabilità ai sensi dell'articolo 1346 c.c.; Scarpello, 2012b, pp. 232 e ss.

⁵⁶ T. Taranto, ord. 11 marzo 2013, NGCC, 2014, I, 1, con nota di Alvisi.

⁵⁷ T. Mondovì, 22 marzo 2010, NGCC, 2010, I, 960, con nota di Bontempi, Quando la giurisprudenza in tema di anatocismo bancario si ritorce contro il cliente.

articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente⁵⁸. Analogamente dispone l'articolo 33, 4° e 5° comma, cdc, in materia di contratti finanziari⁵⁹. Anche in materia di contratti turistici l'articolo 91 cdc disciplina espressamente la possibilità che l'operatore turistico modifichi le condizioni del contratto, dandone comunicazione in modo tempestivo al cliente prima della partenza, salvo il diritto di recesso a favore di quest'ultimo. In questo modo la variazione unilaterale viene ricondotta nell'alveo del contratto; la variazione non costituisce dunque esercizio di un diritto potestativo unilaterale, ma piuttosto di una variazione concordata, ancorché ai fini dell'accettazione sia sufficiente il mancato rifiuto (articolo 1333 c.c.) (Azzarri, 2015, pp. 615-629, in partic. 622).

Un discorso diverso deve essere fatto in materia di contratti del consumatore (articolo 33, 2° comma, cdc, lett. m ed n), e di subfornitura (articolo 6 l. 18 giugno 1998, 192) (Bortolotti, 1999), dove le variazioni unilaterali sono considerate con estremo sospetto; non è peraltro considerato tale il mero adeguamento di una tariffa sulla base di una clausola di indicizzazione, con conseguente esclusione del diritto di recesso senza penali⁶⁰. Delicati problemi interpretativi possono sorgere in presenza di contrasti tra quanto previsto in generale dal Codice del consumo ed il Codice delle comunicazioni elettroniche. Per esempio ai sensi dell'articolo 33, 2° comma, lett. m, cdc, sono considerate vessatorie le clausole che consentono al professionista di modificare unilateralmente il contratto senza indicazione di un giustificato motivo; viceversa ai sensi dell'articolo 70, 4° comma, Codice delle comunicazioni elettroniche, non occorre indicare un giustificato motivo, salvo il diritto di recesso del consumatore in esito alla comunicazione di avvenuta

⁵⁸ Prima di essere modificato dall'articolo 10 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, il testo dell'articolo 118 tub era formulato in senso più favorevole alle banche e prevedeva che se nei contratti di durata è convenuta la possibilità per la banca di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni, le variazioni sfavorevoli devono essere prontamente comunicate al cliente, il quale ha la facoltà di recedere dal contratto nei quindici giorni successivi al ricevimento della comunicazione stessa; Barenghi, 2005, pp. 138, 203 e ss.; T. Bari, 16 marzo 2005, n. 640; Cervini, Estinzione anticipata dei finanziamenti. Prime note alla luce del d.l. n. 223/2206 e del d.l.n. 7/2007, in NGCC, 2007, II, 346.

⁵⁹ Sui profili di vessatorietà di tali clausole nei contratti del consumatore: Cass., 10 settembre 2007, n. 19366, NGCC, 2008, I, 425, con nota di Rispoli, Incremento del prezzo, vessatorietà e diritto di recesso.

⁶⁰ Corte Giust. UE, 26 novembre 2015, NGCC, 2016, I, 696, con nota di Gabassi, Ius variandi, clausole di indicizzazione e recesso nel settore delle comunicazioni elettroniche.

modifica del rapporto contrattuale. Il Tar del Lazio ha risolto la questione stabilendo che a fronte delle modifiche contrattuali introdotte dall'operatore economico, il ragionevole preavviso e il diritto di recesso rappresentano strumenti di tutela del consumatore alternativi e non cumulativi rispetto all'indicazione dei giustificati motivi⁶¹.

Notevole interesse riveste altresì l'articolo 80, l. 27 luglio 1978, 392, ai sensi del quale se il conduttore adibisce l'immobile ad un uso diverso da quello pattuito, il locatore può chiedere la risoluzione del contratto entro tre mesi; in caso contrario al contratto si applica il regime corrispondente all'uso effettivo dell'immobile; ne consegue che il silenzio del locatore viene interpretato come un implicito consenso alla modifica⁶², con decorrenza a far data dal decorso dei tre mesi previsti per l'impugnazione⁶³.

Secondo alcuni il potere di modificazione unilaterale dovrebbe sempre essere consentito, in quanto espressione di autonomia privata; secondo altri, la bilateralità dovrebbe essere riferita solo all'an e non anche al quantum del contratto⁶⁴. In realtà non sussistono differenze a seconda che si tratti di determinazione originaria, o di variazione successiva del contenuto del contratto (Fici, 2002, p. 193). La variazione unilaterale può essere consentita, sempre che corrisponda ad oggettive esigenze di adeguamento del contratto alla sopravvenienza, ed abbia luogo con equo apprezzamento⁶⁵; con conseguente possibilità di ricorrere al giudice per la determinazione in caso di abuso dello jus variandi (arg. ex articolo 1349 c.c.; articolo 5.1.7, 2° comma, PICC; articolo 6.105 PECL) (Fici, 2002, pp. 219 e ss.).

⁶¹ Tar Lazio, 13 dicembre 2016, n. 12421, GI, 2017, 1079, con nota di Morlando, Ius variandi dell'utente tra Codice del consumo e Codice delle comunicazioni elettroniche.

⁶² Cass., 10 ottobre 2007, n. 21995, NGCC, 2008, I, 601, con nota di Maccari, Mutamento di destinazione d'uso e indennità per la perdita dell'avviamento commerciale.

⁶³ Cass., 2 aprile 1997, n. 2868, VN, 1997, 857; Arch. locaz., 1997, 635; FI, 1997, I, 3201. Cass., 7 luglio 1997, n. 6145, FI, 1997, I, 3200; Arch. locaz., 1997, 798; Cass., 27 giugno 2002, n. 9356; Cass., 9 agosto 2007, n. 17494; nel senso della mera trasformazione del rapporto in corso e non della nascita di un novo rapporto: P. Milano, 16 giugno 1988, Arch. locaz., 1989, p. 148.

⁶⁴ La Rocca, 1997, p. 55; Fici, 2002, p. 192, ivi riferimenti.

⁶⁵ Cass., 8 luglio 1976, n. 2584: «Non ha carattere oneroso, e perciò non deve essere approvata specificamente per iscritto, la clausola di una vendita a consegne ripartite, con cui il compratore si obbliga, per le consegne future, ad assoggettarsi ad eventuali aumenti di prezzo in relazione al variare della situazione di mercato»; sono viceversa nulle le clausole di variazione rimesse al mero arbitrio del proponente: Cass., 8 novembre 1997, n. 11003, Dir. econ. assicur., 1999, 206, con nota di Savini, Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto; Fici, 2002, p. 194.

Più discutibile è se le parti possano escludere l'intervento del giudice; non lo consentono sia i PICC (articolo 5.1.7, 2° comma), sia i PECL (articolo 6.105)⁶⁶. Del resto è ormai acquisito che il recesso può integrare gli estremi dell'abuso⁶⁷; ne consegue che a maggior ragione anche una variazione unilaterale del contratto in contrasto con il principio di buona fede può costituire abuso (articolo 1375 c.c.)⁶⁸. In particolare può integrare gli estremi dell'abuso un esercizio dello *jus variandi* che non trovi giustificazione nella necessità di adeguare il contratto ad un oggettivo mutamento delle circostanze⁶⁹, con conseguente mutamento dell'equilibrio contrattuale originariamente fissato dalle parti. In base ad una seconda variante, il contratto, al fine di ridurre il rischio di abusi, potrebbe anche prevedere un corrispettivo per la modificazione unilaterale⁷⁰.

In alcuni casi il legislatore, ma un discorso comparabile può essere ripetuto per il contratto, prevede il diritto di recesso della controparte, previa comunicazione delle intervenute variazioni; si pensi in particolare ai contratti bancari ed ai contratti turistici. Nei casi di questo genere, il mancato esercizio del diritto di recesso implica in buona sostanza accettazione (articolo 1333 c.c.), con la conseguenza che la modifica del contratto può essere ricondotta nell'alveo della bilateralità⁷¹. Viceversa la mancata previsione del diritto di recesso, può integrare gli estremi della vessatorietà⁷². Se ne può concludere che la variazione unilaterale può essere ammessa negli stessi limiti in cui è

⁶⁶ In senso viceversa favorevole all'esclusione: Fici, 2002, pp. 224 e ss.

⁶⁷ Santoro, 1986, p. 766.

⁶⁸ I materia di fideiussione: Cass., 20 luglio 1989, n. 3386, FI, 1989, I, 2750, 3100; BBTC, 1989, II, 537; caso Fiuggi: Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, FI, 1995, I, 1296; GI, 1995, I, 1, 852; FICI, op. cit., 222 e ss, ivi riferimenti.

⁶⁹ Fici, 2002, p. 213.

⁷⁰ Fici, 2002, p. 221.

⁷¹ Fici, 2002, p. 195 ss, in particolare 196, 221; Lener, Clausola modificativa delle provvigioni per i promotori, cit., secondo il quale la variazione unilaterale avrebbe il valore di una proposta, per la cui accettazione è sufficiente la prosecuzione del rapporto, salvo il diritto di recesso in caso di dissenso; T. Milano, 18 aprile 1986, BBTC, 1987, II, 94, con nota di Rescio, Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata.

⁷² Cass., 18 settembre 2007, n. 19366, FI, 2008, 1163; Cass., 21 maggio 2008, n. 13051, BBTC, 209, 667; Cass., 19 dicembre 2008, n. 29873, GC, 2009, 1879; Cass., 17 marzo 2010, n. 6481, FI, 2010, 2758; si veda inoltre: Corte giustizia CE, 26 aprile 2012, n. 472: «Se in un contratto è inserita una clausola che prevede una modifica unilaterale delle spese collegate a un servizio, non sono indicate le modalità di calcolo e il consumatore non può recedere, la clausola è abusiva»; diffusamente: Pagliantini, 2012, p. 971.

consentito l'arbitraggio di parte⁷³. In questi limiti lo jus variandi unilaterale può costituire un mezzo per gestire la sopravvenienza e consentire al contratto di seguire il passo delle trasformazioni della realtà⁷⁴.

BIBLIOGRAFIA

- Albertario, E. (1926). La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione. *RDCo*, I, 27 e ss.
- Benedetti, A.M. (2002). *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*. Torino: Giappichelli.
- Alpa-M, B. (1976). Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede. *Riv. not.*
- Antoniolli, L. & A. Veneziano (2005). *Principles of European Contract Law and Italian Law*. The Hague: Kluwer Law International.
- Arrunada, B.; Garicano, L. & L. Vazquez (2001). Contractual Allocation of Decision Rights and Incentives: The Case of Automobile Distribution. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 17(1).
- Ascarelli, T. (1952). *Arbitri ed abritratori. En Studi in tema di contratto*. Milano: A. Giuffrè.
- Azzarri, F. (2015). Il silenzio come accettazione. *NGCC*, II.
- Barengi, A. (1998). Note sull'arbitramento della parte. *EUI Working Papers in Law* 98(5) e in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, 65-92.
- Barengi, A. (2001). Determinabilità e determinazione unilaterale nel diritto dei contratti: appunti sul sistema nordamericano. *RDC*.
- Barengi, A. (2005). Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto. *Biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno*, 55.
- Bianca, M. (2000). *Il contratto*. Seconda edizione. Milano: A. Giuffrè.
- Bochicchio, F. (2008). Modifica unilaterale dei contratti di gestione patrimoniale individuale. *CeI*.
- Bortolotti, F. (1999). *I contratti di subfornitura*. Milano: Padova.
- Bussoletti, M. (1994). La normativa sulla trasparenza: il jus variandi. *Dir. banca merc. fin.*

⁷³ Fici, 2002, p. 191.

⁷⁴ Cass., S.U., 25 gennaio 1985, n. 354.

- Capurro, T. (2013). La clausola di ius variandi tra giudizio di validità e sindacato sull'esercizio del diritto. *CeI*.
- Cervini, A. (2007). Estinzione anticipata dei finanziamenti. Prime note alla luce del d.l. 223/2206 e del d.l. 7/2007. *NGCC*.
- Criscuolo, F. (1995). *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*. Napoli.
- Costanza, M. (1992). Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo. En Draetta, U. & C. Vacca (cur.). *Inadempimento, adattamento, arbitrato*. Milano.
- Dalbosco, M.C. (1986). La Tagespreisklausel nell'esperienza giuridica tedesca. *RDC, I*.
- Dalbosco M.C. (1987). L'arbitraggio di parte nel sistema tedesco del BGB. *RDC, II*.
- Demogue, R. & C. Jamin (2013). *Des modifications aux contrats per volonté unilatérale*. Paris: Parution.
- Fauceglia, G. (1982). Riflessioni sull'arbitraggio e sulla discrezionalità nel diritto privato. *Giur. mer.*
- Fici, A. (2002). Osservazioni in tema di modificazione unilaterale del contratto (ius variandi). *RCDP*.
- Fici, A. (2005). *Il contratto incompleto*. Torino.
- Gabrielli, E. (2017). Perizia contrattuale, arbitraggio e impugnazione dell'apprezzamento del terzo. Cassazione civile, Sez. III, 28 giugno 2016, 13291. *Indici delle riviste di Diritto Tributario 2/2017*.
- Gaggero, P. (1996). *Il jus variandi del prestatore di servizi finanziari. Diritto privato*. Padova.
- Gaggero, P. (1999). *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*. Padova.
- Gallo, F. (1970). La dottrina di Procuo e quella di Paolo in tema di arbitraggio. *Studi in onore di Grosso. III*.
- Gambini, M. (2000). *Fondamento e limiti dello jus variandi*. Napoli.
- Gambini, M. (2013). Tolleranza e reazione rispetto alle modifiche unilaterali del contenuto del contratto. *Studi, II*.
- Gazzoni, F. (1991). La trascrizione immobiliare. *Comm. cod. civ.* Dir. da Schlesinger.
- Ghestin, J. (1994). Jean Domat e t le code civil francais. *Studi, I*.
- Guerinoni, E. (2007). *Incompletezza e completamento del contratto*. A. Giuffrè.
- Guglielmucci, L. (1973). La clausola prezzo in vigore al momento della consegna. *GI, IV*.
- Iorio, G. (2008). *Le clausole attributive dello jus variandi*. Milano.

- Klesta, L. (2018). La determinazione del prezzo nel contratto: una riflessione alla luce della recente riforma francese. *RDC*, 64(1).
- La Rocca, G. (1997). Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici. *Banca impr. soc.*
- Macario, F. (2006). Adeguamento. En Rescigno (cur.), *I contratti in generale*. Seconda edizione. Torino.
- Maggiolo, M. (2012). Arbitraggio e transazione. *Osservatorio del diritto civile e commerciale*.
- Nivarra, L. (1996). *Jus variandi e contratti aventi ad oggetto servizi finanziari*. Diritto privato, Padova.
- Nivarra, L. (2000). Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo. *RDC*, I.
- Pagliantini, S. (1998). Poteri unilaterali di modificazione del rapporto contrattuale ed interesse legittimo di diritto privato. *Studi Senesi*.
- Pagliantini, S. (2012). La modificazione unilaterale del contratto asimmetrico secondo la cassazione (aspettando la Corte di Giustizia). *Scritti in onore di Barbiera*.
- Panuccio, V. (1966). *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*. Milano.
- Realmondo, F. (2000). Conclusione del contratto attraverso proposta e accettazione. Tratt. Dir. priv., *Dir. da Bessone*, XIII(II).
- Rescio, G.A. (1987). Clausole di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata. *BBTC*, II.
- Ricca Barberis, M. (1903). L'apprezzamento del terzo come indice di prestazione nel negozio giuridico. *Arch. giur.*
- Roppo, E. (2001). Autonomia privata e poteri unilaterali di conformazione del contratto. En Belvedere e Granelli (cur.), *Confini attuali dell'autonomia privata*.
- Santoro, G. (1986). L'abuso del diritto di recesso ad nutum. *CeI*.
- Scaduto, G. (1923). Gli arbitratori nel diritto privato. *Ann. sem. giur.*, XI.
- Scarpello, A. (1999). Determinazione dell'oggetto, arbitraggio, ius variandi. *NGCC*, I.
- Scarpello, A. (2010). *La modifica unilaterale del contratto*. Padova.
- Scarpello, A. (2012a). Il nuovo jus variandi della banca dopo la conversione del cd. decreto sviluppo. *CeI*.
- Scarpello, A. (2012b). La nuova disciplina della trasparenza bancaria tra normativa di settore e categorie generali civilistiche. *Contratto e Impresa*, I.

- Sirena, P. (2010). L'ius variandi della banca. *Studi*, II.
- Schlesinger, P. (1992). Poteri unilaterali di modificazione del rapporto contrattuale. *G. com.*, I.
- Scognamiglio, R. (1972). *Contratti in generale*. Terza edizione. Milano.
- Villa, G.(2001). La determinazione mediante arbitraggio. *Studium iuris*.
- Zoppini, A. (2016). Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai codici di settore (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche). *RDC*.
- Zuddas, G. (1992). *L'arbitraggio*. Napoli.

LAUDOS PUNITIVOS: LA IMPOSICIÓN DE *PUNITIVE DAMAGES* EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Sergio García Long

*How sweetly did they float upon the wings
Of silence, through the empty-vaulted night [...]
John Milton
Comus, 1634*

1. INTRODUCCIÓN

Existen muchos detractores respecto a la compatibilidad de los *punitive damages* con los sistemas jurídicos del *civil law*. En principio, se tiene cierto miedo a la función punitiva debido a las altas condenas punitivas que se han otorgado a lo largo de los años en Estados Unidos de América. A pesar de los grandes esfuerzos de ciertos académicos, y de la materialización de ciertos proyectos de ley, los *punitive damages* aún no son reconocidos por una norma expresa en Europa¹ y, en consecuencia, los jueces no pueden imponerlos.

Si de por sí ya existe mucho escepticismo respecto a la deseabilidad de conceder a los jueces el poder de otorgar *punitive damages*, parecía muy creativo —si no tenemos experiencia en el derecho internacional— pensar que los árbitros pudieran imponer este tipo de sanciones privadas. Sin embargo, si uno comprende cómo funciona el arbitraje comercial internacional y entiende el rol del convenio arbitral y la autonomía privada como principal

¹ Cuando se haga referencia a Europa o algo europeo quedan excluidos los países de tradición anglosajona. De manera que el término se usa exclusivamente para hacer referencia a los países del *civil law*.

fuente de derecho, así como el motivo de la delocalización (*delocalised*) del arbitraje internacional, no deberían existir mayores sorpresas.

A pesar de que en sistemas jurídicos del *civil law* los jueces no pueden imponer *punitive damages* en controversias nacionales, en Estados Unidos es conocida su imposición en arbitrajes nacionales.

También es posible imponer *punitive damages* en controversias arbitrales internacionales que tengan sede en Estados Unidos. Y es acá donde empieza a surgir un fenómeno interesante. Estos laudos punitivos americanos pueden posteriormente buscar reconocimiento y ejecución en territorio europeo, y estos laudos punitivos son susceptibles de ejecución.

¿Cómo es esto posible? En principio y teoría, en sede arbitral solo puede alegarse la noción internacional de orden público. Esta es más restringida que la noción más amplia de orden público nacional. Sin embargo, lo más importante es lo que ha ocurrido en la práctica y jurisprudencia.

Tal vez en los años ochenta y noventa hubiera sido una locura pensar que laudos o sentencias punitivas americanas serían bienvenidas por las cortes europeas cuando ellas mismas no pueden imponer *punitive damages* en sus respectivos territorios europeos. Pero el derecho ha cambiado, y esto se evidencia cuando se analizan las controversias civiles de carácter internacional. Existen muchos casos de demandantes americanos que han ganado un juicio de responsabilidad civil contra un demandado europeo. Este incluía la imposición de *punitive damages* y luego se buscaba el reconocimiento y ejecución de dicha sentencia en el país europeo donde el demandado tenía la mayoría de sus bienes.

En un primer momento estas sentencias fueron rechazadas por ser incompatibles con el orden público (*ordre public*) del país de ejecución. Sin embargo, en un segundo momento, Europa empezó a experimentar un proceso de sinceramiento respecto a la existencia de la función punitiva en los diversos países europeos. Este proceso significó un cambio de análisis respecto a la excusa del orden público. Mientras que en un primer momento se consideró que el concepto de *punitive damages* era *per se* incompatible con el orden público, en un segundo momento se concluyó que son compatibles siempre que sean proporcionales. Esta compatibilidad fue posible desde que Europa admitió que en su derecho interno existan diversas instituciones

civiles de carácter punitivo. Si existen instituciones jurídicas que se asimilan a los *punitive damages*, ¿por qué estos son rechazados?

Como parte de este sinceramiento también debe tenerse en cuenta los constantes esfuerzos franceses en introducir a los *dommages et intérêts punitifs* en el gran Code Civil. Hasta el momento se han dado cuatro proyectos de reforma (2005, 2010, 2011 y 2017). Si llega el día en que finalmente Francia admita legislativamente a los *punitive damages*, esto generará un gran impacto en otras jurisdicciones civiles de tradición francesa.

Al final, Europa, y con ocasión de exequáturs, concluyó que los *punitive damages* son compatibles con el orden público (nacional o internacional): Suiza en 1989, Grecia en 1999, España en 2001, Francia en 2010 e Italia en 2017. Este nuevo panorama en el derecho internacional privado favorece la imposición de *punitive damages* por parte de los árbitros en el arbitraje comercial internacional y cuando dicho poder así se haya pactado en el convenio arbitral, pues ahora existe jurisprudencia que demuestra que el orden público —que en su momento fue la gran excusa para rechazar a los *punitive damages*— ha dejado de serlo. Recordemos que los árbitros, al emitir un laudo en un arbitraje internacional, tienen la obligación de emitir un laudo que sea susceptible de ejecución en sede internacional. Para ello, deberán tener en cuenta los posibles foros donde el demandante podría buscar ejecución. Si ahora Europa otorga exequátur a sentencias que imponen *punitive damages*, queda el camino libre para que también admitan laudos que imponen la misma sanción privada.

Entonces, aunque lo jueces no puedan imponer *punitive damages*, sí podrán reconocer y ejecutar en sus respectivas jurisdicciones los laudos punitivos emitidos por árbitros en controversias internacionales, aunque estos no se encuentren reconocidos legalmente en los códigos civiles europeos.

En el punto dos se explica el concepto de *punitive damages* y cómo el mismo ha ido evolucionando con el tiempo en el derecho comparado. En el punto tres se presenta el panorama actual en el derecho internacional privado respecto a la ejecución de sentencias americanas de *punitive damages* en países europeos. En el punto cuatro se explica cómo funciona el *exequátur* en el arbitraje internacional y la causal de rechazo conforme al orden público. En el punto cinco se desarrolla la tesis central del presente trabajo: el poder de los árbitros de imponer *punitive damages* en arbitrajes comerciales

internacionales y el reconocimiento de los mismos por los jueces europeos aunque estos no puedan imponerlos en primer lugar. En el punto seis se desarrolla la jurisprudencia en torno al otorgamiento de daño moral con función punitiva en arbitraje de inversiones. Finalmente, en la sección siete se presentan las reflexiones finales.

2. LOS *PUNITIVE DAMAGES* EN EL MUNDO

Mientras algunos le tienen miedo a las alturas y otros a los espacios cerrados, un buen grupo de civilistas le temen a los *punitive damages* (Magnus, 2010, p. 104). Esta fobia se basa en el terror a la función punitiva dentro del derecho de daños. Los civilistas quedaban aterrados cuando miraban cómo en Estados Unidos de América se otorgaban en la vida real condenas punitivas de cuantías millonarias que eran tan altas que antes solo eran imaginables en las películas. Mientras que en *Miles v. Philip Morris* (2003) se condenó al pago de USD 3100 millones por *punitive damages*, en *Anderson v. General Motors Corp.* (1999) la condena punitiva ascendió a USD 4,775 millones. Si estos montos produjeron escalofríos, solo piénsese que en *Engle v. R.J. Reynolds Tobacco Co.* (2000) se condenó a la estratosférica suma de USD 145,000 millones.

Tradicionalmente dentro del *civil law* no existe fundamento para que una corte europea pueda condenar a un demandado al pago de una suma dineraria por miles de millones de dólares. La función punitiva siempre existió en el *civil law* (piénsese en la cláusula penal o el daño moral), pero nunca con un protagonismo tan importante como en el *common law*. Entonces, la primera reacción de los europeos frente a los *punitive damages* fue una fobia.

Entre las razones que explican por qué los *punitive damages* no se encuentran reconocidos en una norma expresa en Europa, podemos mencionar las siguientes: (a) la estricta división entre derecho civil y derecho penal, y en consecuencia, (b) el derecho civil es principalmente compensatorio, de manera que a través de la responsabilidad civil el demandado debe mantener indemne a la víctima, y solo a través del derecho penal (o administrativo) es posible imponerle sanciones.

Con el paso de los años, los mismos europeos se percataron que esta fobia era injustificada. En primer lugar, se inició un proceso de sinceramiento por el cual los europeos empezaron a analizar su derecho interno y se percataron de

la existencia de diversas instituciones del derecho privado que no podían ser explicadas desde el dogma de la compensación. Se identificaron situaciones en donde se otorgaba un monto dinerario por encima de los daños sufridos (extracompensatorios), e incluso, en otros casos, ante la ausencia de daño. Esto era evidencia de la existencia de una función punitiva.

Si la víctima sufrió un daño por 100, el demandado solo debe pagar 100, ni 99 ni 101 (principio de equivalencia). Cualquier monto dinerario extracompensatorio no se justifica en el daño causado y, en consecuencia, es considerado como punitivo.

El pacto de la cláusula penal permite que las partes, de manera anticipada, puedan pactar un monto dinerario que sea mayor a los futuros daños. Incluso, el monto dinerario podría pagarse ante la ausencia de daño. Precisamente, el pago de la cláusula penal no requiere la probanza del daño. El daño moral, a pesar de que en teoría deba ser compensatorio, es usado en la jurisprudencia por los jueces para otorgar montos dinerarios excesivos. Desde que, por definición, el daño moral no es cuantificable en términos económicos, los jueces suelen inflar la cuantía de la condena monetaria cuando consideran que es necesario castigar al demandado. Las *astreintes* también son una institución privada de carácter punitivo, pues tiene como objetivo compeler a una parte a la ejecución de la sentencia.

Todas estas instituciones civiles tienen un claro efecto: obligan a una parte a pagar un monto dinerario por encima de los daños sufridos y, en consecuencia, benefician a la víctima al otorgarle la posibilidad de recibir un pago mayor al que equivaldría al daño padecido.

Europa hizo un análisis de su derecho interno y se percató que ya existen instituciones privadas punitivas que se asemejan a los *punitive damages*, pues permiten el pago de un monto dinerario superior a los daños sufridos. Si siempre existieron condenas punitivas, ¿cuál es el problema con los *punitive damages*? Se advirtió una clara hipocresía legal por parte de Europa (Meurkens, 2014, p. 279; Nagy, 2012, p. 11; Büyüksagis, Ebert, Fairgrieve, Meurkens & Quarta, 2016, p. 139).

Este sinceramiento ocurrió con ocasión del pedido de exequátur de sentencias americanas que condenaron al pago de *punitive damages*. Como estos no están reconocidos en los códigos civiles europeos, el debate en torno a la compatibilidad de los mismos con la tradición del *civil law* se mantenía como

uno teórico. Si los jueces europeos no pueden imponer *punitive damages*, entonces los mismos eran estudiados como una excentricidad del sistema anglosajón —principalmente americano— para saber que ello era algo ajeno al *civil law* (Koziol, 2008, p. 741).

Pero cuando los demandantes americanos empezaron a acudir a las cortes europeas para solicitar el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales que habían ganado contra demandados europeos y en donde se había condenado al pago de *punitive damages*, las cortes europeas empezaron a tomarlos en serio (Vanleenhove, 2016, pp. 87-88; Licari, 2010, pp. 1240-1241).

En simple, el análisis que tenían que realizar las cortes era si los *punitive damages* eran compatibles o no con el orden público (nacional o internacional, dependiendo el país europeo). Al final, sea el estándar de orden público que se aplicara, siempre se analizó la compatibilidad de los *punitive damages* con el derecho nacional. La gran reflexión que hicieron los europeos fue la siguiente: ¿si en Europa tenemos desde hace mucho tiempo instituciones de carácter punitivo, por qué seguimos considerando a los *punitive damages* como ajenos a nuestra familia jurídica?

El resultado de esta reflexión fue la bienvenida de los *punitive damages* en Europa. Suiza (1989), Grecia (1999), España (2001), Francia (2010) e Italia (2017) señalaron que los *punitive damages* no son *per se* incompatibles con el *civil law*. En consecuencia, son bienvenidos bajo ciertas circunstancias (principalmente, cuando sean proporcionales).

Muestra de este cambio de pensamiento en favor de la función punitiva es que algunos países europeos han realizado grandes esfuerzos, aunque por el momento en vano, para incorporar a los *punitive damages* en sus codificaciones civiles. Es de destacar el caso de Francia (Fauvarque-Cosson & Mazeaud, 2006, p. 122; Ferrante, 2008, pp. 12-13; Rowan, 2009, pp. 352 y ss.).

El artículo 1371 del Proyecto Catala (2005) propuso la incorporación de los *dommages-intérêts punitifs* (la denominación francesa de los *punitive damages*) en el Code Civil. El artículo 1386-25 del Proyecto Bételle (2010) también intentó incorporarlos. Por su parte, el artículo 69 del Proyecto Terré (2011) pretendió reconocer a los *punitive damages* bajo la denominación *réparation exemplaire* (o *exemplary damages*, la denominación inglesa de los *punitive damages*). Dado estos intentos fallidos, finalmente el artículo 1266-1 del

Projet de Réforme de la Responsabilité Civile (2017) propuso incorporar con carácter general a la *amende civile* (multa civil), que es otro nombre para referirse a los *punitive damages*. Como el término está satanizado se prefirió a otra institución que funciona como tal en la práctica.

Desde que Latinoamérica pertenece a la familia jurídica del *civil law*, no puede ser indiferente a los avances que ha experimentado Europa. En efecto, si se habla de daños punitivos en Latinoamérica, debemos mirar al artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor en Argentina. Este es el primer país de dicho continente que reconoce expresamente los daños punitivos (Moisá, 2008, p. 270; Brodsky, 2012, p. 278). Posteriormente, se intentó incorporar a la sanción pecuniaria disuasiva en el Código Civil argentino, pero esta reforma no tuvo éxito.

Desde el 2017, cuando se habla de daños punitivos en Latinoamérica se debe mirar también a Perú. Las cortes laborales peruanas emitieron el V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional (Espinoza, 2017, p. 13; Campos, 2018, pp. 1 y ss.). El V Pleno reconoció el poder de los jueces de imponer daños punitivos ante despidos incausados y fraudulentos, mientras que el VI Pleno en casos de accidentes de trabajo. Estos plenos no son vinculantes para los jueces peruanos laborales, de manera que pueden elegir apartarse de los mismos.

Si bien existen diversos errores al momento de regularlos a la peruana —hasta el punto que podríamos decir que tales daños punitivos han nacido muertos—, es de resaltar que tal reconocimiento quedará como un antecedente histórico de la recepción de la función punitiva en Latinoamérica como representante del *civil law*.

El V Pleno ha señalado que los daños punitivos: (a) pueden imponerse ante despidos incausados y fraudulentos, (b) pueden otorgarse de oficio, (c) tienen como límite el monto dejado de aportar por el trabajador al sistema de pensiones, y (d) a pesar que los daños punitivos no se encuentran reconocidos en alguna ley, pueden otorgarse en virtud de una interpretación extensiva del daño moral (al considerar el carácter punitivo del mismo).

Por su parte, el VI Pleno ha señalado que los daños punitivos: (a) pueden imponerse ante accidentes de trabajo, (b) pueden otorgarse de oficio, y (c) tienen como límite el monto otorgado por daños compensatorios (esto es un ratio 1:1).

El primer error que se evidencia en ambos plenos, y que también se ha repetido en Argentina, es que no se define correctamente en qué supuestos sí se justifica que se otorguen *punitive damages* y en cuáles no. Cuando los americanos se refieren al tipo de conductas que son sancionadas con *punitive damages* suelen usar términos como *malice, deceit, fraud, deception, wicked, wanton, reckless, outrageous, oppressive*; mientras que los ingleses usan *contempt, insult* y *contumelious*. Esto demuestra que debe presentarse un particular y especial reproche en la conducta del demandado. Lo más cercano, en términos civiles, sería el dolo, pero no se trata de cualquier dolo sino de uno agravado.

Además, debe tratarse de una conducta que genere una reacción negativa en la sociedad. Las personas deben indignarse con el tipo de conducta que cometió el daño, no solo porque muestra intencionalidad, sino por el menosprecio mostrado hacia los derechos de los demás.

Mientras no se presente una conducta de tal particular gravedad y reproche social, no debe otorgarse *punitive damages*. Recordemos que las sanciones son autorizaciones para causar daños a otros. De allí que existan diversas garantías constitucionales para garantizar que las sanciones no sean impuestas de manera arbitraria e injustificada (derecho de defensa, proporcionalidad de las penas, principio de legalidad, prohibición de retroactividad, *nen bis in idem*, entre otros). Entonces, si no se define el estándar para otorgar *punitive damages* como uno alto, se corre el peligro de que tal sanción, en vez de corregir comportamientos indeseables, termine generando más daños que los beneficios que se pretendían lograr.

Otro grave error de los daños punitivos a la peruana es que se permite la imposición de oficio. Esto atenta directamente contra el derecho fundamental a la defensa. Para imponer una sanción es indispensable que el demandado pueda defenderse de manera adecuada y oportuna. Si un juez laboral impone daños punitivos de oficio, serían fácilmente revocados por ser inconstitucionales.

Finalmente, debemos mencionar al principio de legalidad. Dado que los daños punitivos son una sanción, la misma debe cumplir con el *nulla crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, ambos derivados del principio de legalidad. Toda sanción debe estar reconocida por ley y debe cumplir con tipificar la conducta sancionable y la sanción respectiva. A ello se agrega la prohibición de aplicación retroactiva de las penas. Los daños punitivos a la peruana no

cumplen con el principio de legalidad pues han sido creados por los jueces laborales. A diferencia del *common law*, los jueces europeos y latinoamericanos no pueden crear sanciones (Quarta, 2008, p. 778). Nuevamente, si se otorgan daños punitivos los mismos podrían ser cuestionados por su inconstitucionalidad. La manera correcta de incorporarlos en el *civil law* es mediante ley expresa.

Los errores cometidos por los jueces peruanos al momento de regularlos se debe a la falta de entendimiento de esta institución de origen anglosajona y, sobre todo, a la falta de estudio de cómo los *punitive damages* se han desarrollado en el *common law*. Si bien sus orígenes se pueden remontar a dos casos ingleses del siglo XVIII, *Huckle v. Money* (1763) y *Wilkes v. Woods* (1763), fue en Estados Unidos donde instauraron su imperio.

Al inicio no tenían mayores restricciones y esto se justificó en el pensamiento liberal americano. En Estados Unidos de América se prefiere que las personas empiecen a jugar sin que existan aún las reglas del juego. Se empieza por la experiencia, pues de la experiencia se aprende. Una vez que aparecen los errores, los mismos son corregidos. Lo contrario ocurre en el *civil law*. Al prevalecer el pensamiento deductivo, se prefiere establecer las reglas del juego antes de que esté permitido jugar.

Entonces, una vez que empezaron a surgir y hacerse conocidas las externalidades derivadas de los *punitive damages*, empezó la regulación americana. Existe una interesante historia, desde 1989 hasta el 2008, de los pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sobre los límites constitucionales a los *punitive damages* (Burrows, 2007, pp. 1 y ss.; Brand, 2005, pp. 181 y ss.; Riedel, 2016, pp. 33 y ss.). Para evitar la inconstitucionalidad, los *punitive damages* deben ser proporcionales y su cuantía no se puede basar en daños generados a terceros ajenos al proceso.

Legislativamente también se han reconocido límites. En algunos casos se fija un monto máximo (*cap*) o un múltiplo en relación con los daños compensatorios. Por ejemplo, a nivel federal la 15 U.S.C. §6604 señala que los *punitive damages* no deberán superar el monto de tres veces los daños compensatorios o USD 250 000 (el que sea menor) en acciones civiles Y2K.

Esta tendencia actual demuestra que los *punitive damages* no son ahora lo que fueron antes. Y comprender esto es importante para voltear la página y discutir sobre otros temas más importantes. El problema ya no se encuentra en

si estos son compatibles o no con el *civil law*, sino en cómo pueden regularse los mismos en un sistema jurídico distinto al de su origen.

Junto al dogma de la compensación es importante en el *civil law* la prohibición del enriquecimiento sin causa. Se supone que el demandante no debe obtener un beneficio con ocasión de su daño. Entonces no puede recibir *punitive damages*. Este incentivo perverso no ha sido ignorado en Estados Unidos de América y, como reacción a ello, se crearon los *split-recovery scheme* (Stevens, 1994, pp. 857 y ss.; Parkinson, 1998, pp. 923 y ss.; Shores, 1992, pp. 61 y ss.; Grube, 1993, pp. 839 y ss.; Sloane, 1993, pp. 473 y ss.), por el cual se define cómo se va a distribuir la condena dineraria de *punitive damages*. En promedio solo el 25% de la condena punitiva se paga en favor de la víctima. El resto va a un fondo de compensación o al Estado. Esta sería una buena solución para que los *punitive damages* sean más atractivos para el *civil law*².

Algunos civilistas podrían cuestionar que los *split-recoveries schemes* no eliminan el problema del enriquecimiento de la víctima, sino que solo lo mitiga pues la víctima aún recibe un 25% de la condena punitiva. ¿En qué se justifica este premio en favor de la víctima?

En Estados Unidos de América se prima la libertad y el libre mercado y se confía en que los privados iniciarán juicios cuando sea necesario proteger sus derechos. De allí que se considere que los americanos son litigiosos (Friedman, 2016, p. 133). Esto es lo que se conoce como *private enforcement*.

Para que el *enforcement* sea parte de la iniciativa privada se necesita de instrumentos jurídicos que incentiven la interposición de litigios. Entre ellos se encuentran los *class actions*, *contingent fees* y, claramente, los *punitive damages*. Desde que los demandantes saben que los *punitive damages* se pagan en favor de ellos, entonces tienen incentivos para demandar cuando sufren daños. Y si el demandante no tiene dinero para asumir los costos del juicio, esto no es un obstáculo pues los estudios de abogados suelen tomar estos tipos de casos a través de honorarios contingentes (*contingent fees*). El abogado solo cobra si gana una condena dineraria. Pero para que los abogados tengan incentivos para tomar el caso a su exclusivo costo, deben tener la posibilidad de cobrar una suma millonaria. Si existen *punitive damages*, entonces los

² Se debe advertir que el debate en torno a los *split-recovery schemes* no está completamente cerrado en el derecho americano debido a temas constitucionales. Ver Hurd & Zollers, 1994, p. 196; Klaben, 1994, pp. 104 y ss.

abogados pueden asumir el riesgo de tomar el caso y solo cobrar en caso de ganar. Y si a esto se le agrega las *class actions*, se comprende por qué se dice que los americanos son litigiosos.

Pero para evitar el incentivo perverso de demandar por demandar, se necesita de una apropiada regulación respecto a la distribución de la condena punitiva. La existencia de *split-recovery schemes* es interesante, pues mitiga el incentivo perverso y la interposición de demandas.

Y si no existen barreras para la interposición de demandas, los potenciales responsables evitarán cometer daños, pues sabrán que no podrán escaparse. Desde el análisis económico del derecho se ha puesto especial énfasis en estos supuestos de *underdeterrence* o *lack of compensation* (Polinsky & Shavell, 1998, pp. 870 y ss.; Polinsky & Shavell, 2009, pp. 228 y ss.). La imposición de *punitive damages* ayuda a corregir estos problemas.

Por el contrario, en Europa se prefiere al *public enforcement* a través de la regulación previa y el rol de las entidades estatales. Los demandantes no participan como fiscales público-privados encargados del cumplimiento del derecho. La inexistencia de *punitive damages* es una muestra de desconfianza en el rol que pueden cumplir los ciudadanos para hacer cumplir el derecho.

Visto así, que los demandantes puedan cobrar el 25% de la condena punitiva no debe ser calificado como un enriquecimiento sin causa. Existen muchas razones por las cuales no se llega a interponer una demanda o de hacerlo se dilata el proceso o incluso se pierde. Entonces, el demandante que logra llevar a juicio a un dañador, es visto como el representante de todas las víctimas que no demandaron o de hacerlo no obtuvieron compensación. Por este servicio, recibe como premio una pequeña parte de la condena punitiva. El resto de la condena debe ser destinado a un fondo de compensación o en todo caso a fines destinados al daño en concreto. Por ejemplo, si se trata de un producto defectuoso que produce cáncer, la condena punitiva debería ir a las víctimas que no obtuvieron compensación o para la investigación del cáncer. Para ello será necesario la creación de mecanismos necesarios que permitan esta ulterior redistribución de la condena punitiva.

Otro aspecto a discutir es la función compensatoria y la función restitutoria (*disgorgement*) de los *punitive damages*. Normalmente los civilistas solo se enfocan en su función punitiva y disuasiva, pero omiten que en Estados Unidos de América cumplen otras funciones. Por particularidades del sistema

americano, algunos daños no son compensables. Las cortes suelen otorgar *punitive damages* para corregir estos supuestos de *undercompensation* o *lack of compensation*.

También son usados por las cortes para corregir aquellas situaciones en las que el demandado cometió intencionalmente el daño con el objetivo de conseguir un beneficio. Como el beneficio es mayor al costo del daño, el daño es internalizado voluntariamente por el dañador. Para disuadir este tipo de conductas no basta claramente con la condena de los daños compensatorios. Es necesario extirpar el beneficio obtenido. En el sistema anglosajón este remedio se conoce como *disgorgement*. Es común que en este tipo de casos se otorguen *punitive damages* cuya cuantía ascienda al monto de los beneficios ilícitos. En otras palabras, se tratan de *punitive damages* que imitan al *disgorgement*. Esto fue precisamente la manera como se cuantificó los *punitive damages* en los conocidos casos *Grimshaw v. Ford Motor* (1981) y *Liebeck v. McDonald's* (1994).

Para que quede claro, el *disgorgement* no es exactamente un remedio restitutorio y, en consecuencia, no es similar al enriquecimiento ilícito. El enriquecimiento ilícito sí es un remedio restitutorio, pues el beneficio obtenido por el demandado proviene del demandante. De allí que se diga que se trata de una transferencia de riqueza reversible (Burrows, 2011, p. 4). Entonces, el demandado debe devolver (*give back*) algo que estaba y salió del patrimonio del demandante. Así es como se logra el reequilibrio patrimonial. Por el contrario, el *disgorgement* no es propiamente una restitución, pues el beneficio obtenido por el demandado no proviene del patrimonio del demandante sino de cualquier otra fuente. Entonces más que de una devolución se trata de un despojo (*give up*) para lograr el efecto disuasivo deseado.

Entender esta diferencia es importante, pues demuestra la operatividad que pueden tener los *punitive damages*. A efecto de lograr una óptima disuasión, estos suelen ser cuantificados sobre la base de la ganancia obtenida por el demandado, de manera que funcionen como el *disgorgement*. En consecuencia, los *punitive damages* pueden cumplir una función distinta —*disgorge*— al simple castigo.

Estos son solo algunos temas a tomar en cuenta al momento de hablar correctamente sobre los *punitive damages*. Ya no estamos en los años ochenta

y/o noventa cuando lo único que se decía era que estos eran incompatibles con el *civil law* y que debían ser estudiados solo para saber lo que ocurre en otros lados. Actualmente la tendencia ha cambiado. Habiéndose reconocido la existencia de la función punitiva en el *civil law*, resulta importante entender correctamente a los *punitive damages* para incorporarlos sin problemas. De lo contrario, se incurrirán en los errores y omisiones ya explicados.

3. EL EXEQUÁTUR DE SENTENCIAS AMERICANAS DE *PUNITIVE DAMAGES*

3.1. La ejecución de sentencias americanas en países europeos

Las cortes nacionales no tenían la posibilidad de imponer *punitive damages* en las controversias sometidas a su jurisdicción desde que tal castigo no está reconocido expresamente en el derecho vigente. Todo castigo se rige por el principio de tipicidad y los *punitive damages* no cumplían con tal requerimiento. Por ello, en el ámbito nacional se estudiaban como algo que no era una preocupación para los abogados. Pero la situación empezó a cambiar en el ámbito internacional. Diversas cortes europeas tuvieron que resolver los pedidos de reconocimiento y ejecución de demandantes que habían obtenido una sentencia americana que los imponía.

Supongamos que una empresa americana demanda en Estados Unidos de América a una empresa italiana y obtiene una condena por *punitive damages*. El demandante tiene la opción de ejecutar la sentencia en Estados Unidos de América o buscar una mejor jurisdicción que le permita cobrar con mayor facilidad la condena. Esto es lo que se llama como *forum shopping*. Si en Italia se encuentran los principales activos del demandado, entonces es atractivo para el demandante solicitar en Italia el reconocimiento y ejecución de la sentencia americana que impone *punitive damages*³.

No existe una gran convención o tratado que regule el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras entre Estados Unidos de América y Europa, específicamente, sentencias americanas que busquen

³ Campbell & Popat, 1994, p. 520: «Typically, the judgment creditor files an action in the forum in which the defendant's assets are located and requests that the foreign court execute the domestic judgment against these assets. Most foreign courts are required to examine the procedural and substantive laws that formed the basis for the domestic judgment to determine whether they comport with the foreign country's notion of judicial fairness. If the laws of the domestic forum are considered incompatible, enforcement of the judgment is generally denied as a matter of public policy».

reconocimiento en países europeos⁴ (por ello, siempre que se haga referencia a sentencias extranjeras se tratará de sentencias americanas). En 1999 se elaboró el Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, pero dicho borrador no prosperó (Brand, 2005, pp. 3-4; Gotanda, 2007, pp. 512-513). En su lugar se publicó The Hague Choice of Court Convention (2005). Estados Unidos de América firmó esta convención, pero nunca la ratificó.

Incluso en el supuesto de que Estados Unidos de América estuviese obligado a la convención mencionada, debemos tener en cuenta que dicho instrumento internacional tiene un ámbito restringido a efectos de la ejecución de sentencias americanas de *punitive damages* en Europa. La sección 11(1) de la convención señala como causal para rechazar el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera la imposición de *punitive* o *exemplary damages*:

Recognition and enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate the party for actual loss or harm suffered. La sección 11(2) complementa señalando lo siguiente: «The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings»⁵.

En otras palabras, no se reconocen y ejecutan los *punitive damages* salvo que su monto cumpla una función compensatoria, como ocurre en la compensación de los costos del proceso vía *punitive damages*. ¿A qué se refiere la norma citada? A diferencia del *civil law* en donde la parte perdedora debe reembolsar a la parte ganadora sus costos de litigio, en el derecho americano cada parte asume sus respectivos costos. Esto genera situaciones de *undercompensation*. Si el demandante demanda por cien y el juicio cuesta treinta, en caso de ganar solo se queda con setenta.

⁴ Vanleenhove, 2018, p. 677: «There is no treaty between the European Union and the United States arranging for the mutual recognition and enforcement of judgments»; Meurkens, 2018, p. 685: «To date, neither the EU nor any of its Member States has a treaty with the US concerning the enforcement of foreign judgments».

⁵ Ver Gray, 2009, pp. 107-108. Una regla similar se encontraba en el artículo 33 del Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. Al respecto, ver a: Brand, 2005, pp. 10-11.

Para evitar este tipo de situaciones, en el derecho americano se suelen otorgar *punitive damages* para compensar los gastos del litigio (Beucher, 1991, p. 985). Este es un claro reconocimiento —a nivel internacional— de la función compensatoria en estos casos.

Ante la inexistencia de un gran tratado que regule el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales americanas en Europa (a diferencia de lo que ocurre con la Convención de Nueva York de 1958 en sede arbitral internacional), el reconocimiento y ejecución de estos fallos judiciales americanos normalmente se regula por la ley del país en donde se busca la ejecución⁶. Tal regulación legal se puede encontrar en el Código Civil (ej. Código Civil peruano de 1984), en el Código Procesal Civil (ej. el Code Civil de Procédure francés o el Zivilprozessordnung - ZPO alemán) o en una ley especial (ej. Ley de Derecho Internacional Privado suizo de 1989).

Como podía esperarse, al principio diversos países europeos se negaron a ejecutar sentencias americanas que condenaron al pago de *punitive damages*. La principal defensa alegada por las cortes europeas fue el orden público (*ordre public*). Sea que esté regulada como un requisito para la ejecución de la sentencia extranjera o como una causal para denegar la ejecución de la misma, la primera respuesta de los europeos fue que los *punitive damages* vulneraban el orden público de los países europeos.

Alemania ha permanecido como el país que se usa de ejemplo para demostrar el rechazo de los *punitive damages*. En 1992 la *Bundesgerichtshof* señaló en el caso John Doe v. Eckhard Schmitz que los *punitive damages* son incompatibles con el orden público alemán (Schütze, 1990, pp. 600-601), salvo que tengan carácter compensatorio (Wegen, 1993, p. 486).

Sin embargo, en otros territorios de Europa la posición tomada fue la contraria: Suiza, Grecia, España, Francia e Italia han señalado que los *punitive damages* no son contrarios al orden público nacional o internacional. En otras palabras, y como se demuestra de los pronunciamientos de las cortes europeas, que no son incompatibles con el derecho interno.

⁶ Vanleenhove, 2015, p. 199: «*The European Union nor any of its Member States have concluded a treaty with the United States arranging for the mutual recognition and enforcement of judgments. The Brussels Ibis Regulation does not apply because it only deals with intra-EU judgments. The recognition and enforcement of foreign decisions in the Member States is, therefore, governed by the respective countries' national rules of private international law*».

3.2. La compatibilidad de los *punitive damages* con el orden público

Actualmente son cinco los países europeos que se han pronunciado en favor de la compatibilidad de los *punitive damages* con el orden público. Dicho análisis de compatibilidad puede resumirse en lo siguiente: (1) se utilizó la noción de orden público nacional o internacional, (2) se analizó la existencia de instituciones privadas punitivas en el derecho nacional, (3) se analizó la proporcionalidad más que el concepto mismo, y (4) se afirmó la compatibilidad del concepto incluso cuando no procedió la ejecución de la sentencia en el caso en concreto.

En primer lugar, se debía definir qué noción de orden público se utilizaría. En algunos casos como el derecho francés, la legislación procesal exige expresamente que deberá aplicarse el orden público internacional, mientras que en otros casos se entiende que se debe aplicar la noción de orden público doméstico. Sin perjuicio de esta distinción, se debe tener en cuenta dos cosas: (a) tanto la noción de orden público doméstico como internacional son, en realidad, conceptos domésticos, y (b) las cortes europeas suelen aplicar el orden público internacional —que es más restrictiva— aunque no lo digan de manera expresa.

La noción doméstica e internacional del concepto de orden público son ambos conceptos de derecho nacional. La distinción se encuentra en que la segunda es más restringida para impedir que en el ámbito internacional se aleguen particularidades nacionalistas que puedan afectar el desarrollo internacional. Entonces, la distinción se encuentra en que la noción doméstica de orden público permite alegar más cuestiones nacionalistas en el ámbito internacional que la noción de orden público internacional.

Por otro lado, las cortes europeas pueden estar aplicando el orden público internacional pero no decirlo de manera expresa. Como explica Vanleenhove:

Especially in the field of enforcement of judgments, legislators, courts and scholars sometimes fail to make the appropriate distinction between public policy and the narrower concept of international public policy. More often, they realise the existence of a division but, nevertheless, muddy the waters by also employing the term public policy when referring to international public policy (2016, p. 88).

Por ejemplo, en España e Italia las cortes emplearon las nociones de orden público internacional en sus respectivos fallos, pero a veces los comentaristas suelen hablar simplemente de orden público.

En segundo lugar, así se hablase de orden público nacional o internacional para decidir si los *punitive damages* eran compatibles con el orden público del país respectivo, las cortes europeas analizaban su compatibilidad con el derecho interno; es decir, la compatibilidad de la función punitiva. Alemania concluyó que el concepto mismo era incompatible con la naturaleza compensatoria de la responsabilidad civil. Por el contrario, otros países europeos señalaron que la función punitiva es compatible con el derecho interno, pues allí ya existen otras instituciones de derecho privado que tienen naturaleza punitiva, como la cláusula penal, el daño moral, las *astreintes*, el *danno da lite temeraria*, el *disgorgement* a la europea, entre otros.

Este tipo de análisis refuerza el entendimiento de que la noción de orden público —aunque sea en su noción internacional— termina siendo la aplicación de un concepto nacional, pues al final se trata de analizar la compatibilidad de la sentencia extranjera con el derecho interno. La bienvenida de los *punitive damages* en Europa es posible por la existencia de instituciones privadas punitivas que permiten el pago de un monto superior al monto de los daños y perjuicios.

En tercer lugar, dado que la función punitiva no es incompatible con el territorio europeo, el concepto mismo de *punitive damages* tampoco lo es. Este cambio de análisis es importante, pues en Alemania se indicó que el concepto era incompatible. Sin embargo, la jurisprudencia posterior empezó a señalar que el concepto mismo *per se* no es incompatible. En todo caso, lo que es incompatible es la falta de proporcionalidad del monto punitivo. De esta manera, el análisis se traslada del concepto a la proporcionalidad. Dado que todas las sanciones deben ser proporcionales, los *punitive damages* solo serán incompatibles con el orden público cuando sean desproporcionales. Esta proporcionalidad, según la jurisprudencia europea, se cumple cuando la condena punitiva no es superior al monto dinerario por daños y perjuicios. Esto es, un ratio 1:1 entre *punitive damages* y daños compensatorios.

En cuarto lugar, y finalmente, las cortes europeas se pronunciaron sobre la compatibilidad de los *punitive damages*, incluso en casos donde no procedió la ejecución en suelo europeo. Esto ocurrió cuando la condena punitiva era

desproporcional. Sin perjuicio de ello, no se pasó por alto la oportunidad y se indicó que el concepto mismo de *punitive damages* es compatible con el orden público.

A continuación, se detallan los casos resueltos por las diversas cortes europeas:

En Suiza tenemos el caso *Trans Container Services (T.C.S.) AG v. Security Forwarders (S.F.) Inc.* (1989). Se trata de un típico caso de incumplimiento eficiente, en donde el deudor que debía entregar unos bienes prefirió entregarlos a otro cliente. El acreedor obtuvo una condena por daños compensatorios y *punitive damages*, cuya ejecución solicitó posteriormente en Basle. En este caso la condena punitiva se calculó teniendo en cuenta el beneficio ilícito que obtuvo el deudor por la apropiación de los bienes y la venta a los clientes. Como en Suiza también está prohibido el enriquecimiento ilícito, la corte europea ejecutó la condena punitiva (Bernet y Ulmer, 1994, pp. 272-273).

En Grecia tenemos la Sesión Plenaria 17/1999 de la Aerios Pagos, en donde se analizó una sentencia de Texas que impuso *punitive damages*. Se indicó que el concepto mismo de *punitive damages* no era incompatible con el orden público de Grecia y que la misma era proporcional (Georgiades, 2005, p. 158; Zervogianni, 2015, p. 233). Toda sanción, aunque sea privada, debe ser proporcional.

Respecto a la proporcionalidad, en el derecho internacional se suelen alegar dos normas: (a) artículo 8 de la Declaration of the Rights of Man and the Citizen del 26 de agosto de 1789⁷, y (b) artículo 32 de la Regulación Roma II (2007)⁸.

En España tenemos el caso *Miller Import Corp. v. Alabastres Alfredo* (2001). El Tribunal Supremo señaló cuatro razones fundamentales para justificar la compatibilidad de los *punitive damages*: (1) las condenas dinerarias son

⁷ *The penalties laid down by law should only be such as are strictly and manifestly necessary, and no-one may be punished except by virtue of an established law, promulgated before the commission of the offence, and lawfully applied.*

⁸ *Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. In particular, the application of a provision of the law designated by this Regulation which would have the effect of causing non-compensatory exemplary or punitive damages of an excessive nature to be awarded may, depending on the circumstances of the case and the legal order of the Member State of the court seised, be regarded as being contrary to the public policy (ordre public) of the forum.*

compensatorias, punitivas y disuasivas; y en consecuencia, es difícil distinguir tales funciones en conceptos como el daño moral; (2) las sanciones no son extrañas al derecho privado; (3) se admite cierta superposición entre los conceptos del derecho civil y el derecho penal; y (4) siendo el derecho penal la última ratio, se debe permitir mayor intervención de la función punitiva en el derecho civil (Alvarez Lata, 2018, pp. 700-701; Cordero Álvarez, 2013, p. 274).

En Francia existe el caso *Schlenzka v. Fountaine Pajot* (2010). Francia también parte de la idea que el derecho de daños es compensatorio. Como explica Borghetti:

[...] *French courts have constantly stuck to the réparation intégrale (full compensation) principle, according to which damages awarded to the plaintiff must compensate the harm he suffered, without his getting any poorer or richer from them. As French lawyers often put it, damages must compensate damage in full, and nothing but the damage (tout le dommage, mais rien que le dommage)* (2011, p. 26).

Sin embargo, en esta oportunidad la corte francesa concluyó que los *punitive damages* no son incompatibles mientras sean proporcionales (Licari, 2010, pp. 1257-1258). Una sentencia punitiva será proporcional cuando no sea mayor al monto que corresponde por daños y perjuicios; esto es, que cumpla con un ratio 1:1 (De Bruyne & Vanleenhove, 2017, pp. 197-198).

Es interesante mencionar que en Alemania, a pesar que se rechazó la ejecución de la condena punitiva, se afirmó que de manera excepcional una condena que lleve la etiqueta de *punitive damages* podrá ejecutarse si en realidad cumple una función compensatoria —lo cual ocurre en la experiencia americana (Wegen & Sherer, 1993, p. 486)— y si no es mayor a los daños y perjuicios. Así es como se reconoce, nuevamente, el ratio 1:1 (De Bruyne & Vanleenhove, 2017, p. 185).

En Italia tenemos la sentencia 16601-2017 (Sezioni Unite) (D'Alessandro, 2018, pp. 319-320; Benatti, 2017, pp. 568-569; Quarta, 2017, pp. 277 y ss.) en donde se planteó el siguiente principio:

En el ordenamiento vigente, a la responsabilidad civil no se le ha asignado solo la tarea de restaurar la esfera patrimonial del sujeto que ha sufrido un daño, porque son internos al sistema la función de prevención y sanción

de la responsabilidad civil. No es ontológicamente incompatible con el ordenamiento italiano el instituto de origen americano del resarcimiento punitivo.

4. EL EXEQUÁTUR EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA DEFENSA DEL ORDEN PÚBLICO

En virtud de las reglas del arbitraje internacional, las partes pueden elegir libremente el foro donde se realizará el arbitraje, el idioma, el número de árbitros que conformarán el tribunal arbitral, el derecho que se aplicará para resolver el fondo de la controversia (*lex contractus*), la ley que regulará el procedimiento arbitral (*lex arbitri*), entre otros. Tanto el foro como la ley de arbitraje y la ley sustantiva pueden ser distintos a las nacionalidades de las partes que suscriben el convenio arbitral. Una empresa americana podría demandar en Nueva York a una empresa francesa bajo los Principios Unidroit y aplicando las reglas de arbitraje de UNCITRAL.

De obtener un laudo favorable, surge una cuestión adicional: ¿dónde se ejecuta el laudo emitido en Nueva York contra la empresa francesa? Podría ser atractivo ejecutar el laudo americano en Francia y no en Estados Unidos de América porque seguramente en Francia se encuentra la mayor cantidad de activos del demandado.

El *forum shopping*, como es evidente, es típico del arbitraje internacional y uno de sus supuestos más comunes es la ejecución de un laudo extranjero en el país donde el demandado tenga mayores activos disponibles para ser ejecutados⁹. Cabe advertir que la variedad de supuestos de *forum shopping* en el arbitraje internacional, a diferencia de la ejecución de sentencias judiciales extranjeras, excede largamente al supuesto de hecho enunciado¹⁰.

La ejecución de laudos extranjeros se encuentra regulada en el derecho internacional por la Convención de Nueva York de 1958. Esta Convención permite que un laudo emitido en un Estado Miembro pueda ser ejecutado en cualquier otro. Como Francia y Estados Unidos de América son miembros de

⁹ Kreindler, 2005, p. 160: «Where assets of the defendant are known or presumed to exist in a particular jurisdiction, that fact alone may tilt the scales in favour of bringing the action there as opposed to another viable jurisdiction so that subsequent enforcement can proceed in the same court system».

¹⁰ Ver Pauwelyn & Salles, 2009, pp. 77 y ss.; Ferrari, 2013, pp. 1 y ss.; Silberman & Scherer, 2013, pp. 313 y ss.

la Convención, el laudo emitido en Nueva York puede buscar reconocimiento y ejecución en Francia.

Uno de los supuestos más interesantes de la ejecución de laudos extranjeros es cuando un laudo americano impone *punitive damages* y busca posterior reconocimiento y ejecución en un país del *civil law*. La contraposición de ideologías es bien clara: se emite un laudo en un sistema jurídico que admite la imposición de estos, tanto en el ámbito sustantivo como arbitral, y se busca posteriormente la ejecución del laudo en un sistema jurídico que tradicionalmente rechaza la procedencia de los *punitive damages* en todo el derecho privado. Tanto es así que al respecto no se dice nada en sede arbitral, pues si los jueces no pueden imponerlos ni qué decir respecto a los árbitros.

Tradicionalmente los países europeos pueden rechazar el reconocimiento y ejecución de estos laudos americanos en virtud de una de las causales de excepción reguladas en la Convención de Nueva York. El artículo V(2)(b) señala lo siguiente:

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: [...] (b) The recognition and enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

La misma regla se encuentra en la Ley UNCITRAL, cuyo artículo 36(1)(b) (ii) señala lo siguiente:

(1) Recognition or enforcement of an arbitral award, irrespective of the country in which it was made, may be refused only: [...] (b) if the courts finds that: [...] the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State.

En el derecho arbitral internacional ya se tenía conocimiento de la alegación por parte de cortes europeas de la excepción del orden público para negar el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales de *punitive damages*¹¹. La pregunta que surgía, en consecuencia, era si las cortes tendrían la misma reacción no frente a sentencias judiciales, sino ante laudos arbitrales

¹¹ Mohtashami, Holland & El-Hosseney, 18 de noviembre de 2016: «*There are, for instance, examples of decisions from France, Spain and Italy refusing to recognise US judgments, or parts thereof, containing an award for punitive damages, particularly on the basis of the public policy exception*». Para un estudio reciente sobre el concepto de orden público, ver: Ghodoosi, 2016, pp. 685 y ss.

extranjeros. En principio, el sentido común nos dice que la reacción debería ser la misma, siempre y cuando las cortes europeas siguieran considerando a los *punitive damages* como contrarios al orden público.

En el derecho internacional se distinguen tres conceptos¹²: (1) Orden público doméstico: el orden público del país en donde se busca ejecución, (2) Orden público internacional: la noción de orden público internacional que tiene el país donde se busca ejecución, y (3) Orden público supranacional (verdadero orden público internacional o, incluso, orden público mundial): un orden público por encima de todos los países.

Esta distinción resuelve el problema de redacción que tiene la Convención de Nueva York. La norma hace referencia al orden público del país en donde se busca ejecutar el laudo extranjero, y en ningún lado hace referencia a la palabra internacional. Pero a pesar de tal redacción, los comentaristas han señalado que allí debe entenderse que la convención hace referencia a la noción de orden público internacional del país en donde se busca ejecución¹³, y esta ha sido y es la posición dominante pues las cortes nacionales no suelen alegar el orden público interno o doméstico para impedir la ejecución de un laudo arbitral extranjero, pues tienen internalizado que solo pueden alegar su noción de orden público internacional.

¹² Ver: Dolinger, 1982, p. 172; Hunter & Conde e Silva, 2003, pp. 367-368; Bullard, 2013, p. 199.

¹³ Lu, 2006, p. 774: «According to the Parsons court, the public-policy defense should be narrowly construed lest it become a “major loophole in the [New York] Convention’s mechanism for enforcement”. Therefore, the rule states that “[e]nforcement of foreign arbitral awards may be denied [...] only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice”. Now, U.S. courts use this standard to evaluate public-policy arguments in enforcement cases. Although the Parsons decision and its progeny do not provide any explicit guidance regarding what constitutes a “forum state’s most basic notions of morality and justice”, various U.S. cases have indicated some parameters for the defense. First, the Parsons court specifically noted the difference between “national” and “public” policy because reading the public-policy defense to protect national political interests would undermine the value of the Nueva York Convention. An action that violates American public policy does not necessarily violate international public policy. Second, the public policy “must be well defined and dominant”. Lastly, the public-policy defense “must be construed in light of the overriding purpose of the [New York] Convention, which is to encourage the recognition and enforcement of commercial arbitration agreements in international contracts and to unify the standards by which agreements to arbitrate are observed and arbitral awards are enforced in the signatory countries”. These parameters are consistent with the pro-enforcement bias of the Nueva York Convention».

Como explica Jan van den Berg:

The public policy defense rarely causes enforcement to be refused. One reason for this is the distinction drawn between domestic and international public policy, for what is considered public policy in domestic relations does not necessarily constitute public policy in international relations. Hence, the number of matters considered as falling under public policy in international cases is smaller than in domestic ones. This distinction is justified by the differing purposes of domestic and international relations, and it is gaining increasing acceptance by the courts in cases falling within the scope of the Nueva York Convention (2007, p. 18).

De allí que la causal del orden público sea la más controversial (Born, 2011, p. 1188).

Por ello, cuando se habla del orden público internacional no debe entenderse por el orden público supranacional, sino por el orden público internacional del país en donde se busca exequátur¹⁴. En otras palabras, el concepto de orden público internacional, sin perjuicio de su nombre, es en realidad un concepto nacional¹⁵.

Entonces es claro en el ámbito internacional que la excepción del orden público no puede leerse de manera amplia, sino restringida y que debe entenderse que la causal se refiere al orden público internacional y no al orden público doméstico¹⁶. Esto es así pues un arbitraje que se somete al

¹⁴ Hunter & Conde e Silva, 2003, pp. 367-368: «*International public policy*» is a particularly confusing expression. It does not mean, as some might think, that it is “international” in the sense that public international law is international. Pieter Sanders explained that: “... international public policy, according to a general accepted doctrine, is confined to violation of really fundamental conceptions of legal order in the country concerned”. This does not add much by way of clarification, except to emphasize that it relates to the legal order in the country concerned. The international public policy of one country may not be the same as the international public policy of another country. By contrast, the concept of “transnational public policy” involves the identification of principles that are commonly recognized by political and legal systems around the world».

¹⁵ Vanleenhove, 2017, p. 89: «*International public policy* is, despite its name, a purely national concept»; Moreno, 2013, p. 496: «En esa línea se ha dicho que el orden público internacional es, en el fondo, nacional, no internacional y que la distinción resulta, en consecuencia, artificial. El adjetivo internacional meramente la utilizan cuando el orden público opera dentro del derecho internacional privado».

¹⁶ McLaughlin & Genevro, 1986, p. 258: «*The provision of a “public policy” defense to enforcement of an arbitral award under Article V(2)(b) might appear to have created a major loophole in the Nueva York Convention’s pro-enforcement policy. While concern about this possibility has been expressed, precedent has shown that U.S. courts will uphold this defense only where enforcement would violate the “most*

derecho internacional no puede depender de los estándares domésticos de arbitrajes nacionales.

Si estamos ante partes con nacionalidades distintas, incluso de diferentes familias jurídicas (una de Francia y otra de Estados Unidos de América), que optan por someter su controversia al derecho internacional porque ninguna de ellas aceptaría someterse al derecho nacional del otro (por ello se someten a los Principios UNIDROIT), entonces es lógico que la excepción del orden público cumpla con estándares internacionales. «Así, en la «nube» internacional que se eleva sobre los Estados, y como ocurre cuando uno se va al cielo, las reglas son distintas» —explica Bullard— «Son usualmente más permisivas y flexibles, y las reglas de orden público pierden el tono marcial que muchas tienen en sus países de origen. Los «actos impuros» terrenales no necesariamente tienen el mismo carácter que los «actos impuros celestiales» (2013, p. 197).

Ello también ha sido confirmado en el 2002 por el Final International Law Association Report on Public Policy. Este señala en su Recommendation 1(b) que:

In the context of enforcement of arbitral awards, the legislatures and courts of a number of countries have sought to qualify or restrict the scope of public policy by applying a test of «international public policy». Leading commentators have also approved the narrowing of the public policy exception and the application of «international public policy». The Committee endorses the application of a test of «international public policy» (Mayer & Sheppard, 2003, p. 251)¹⁷.

El concepto de orden público internacional fue definido en el *leading case* Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societe Generale d L'Industrie du Papier (1974) (Born, 2011, p. 1191), en donde se indicó que la excepción

basic notions of morality and justice»; Curtin, 1997, p. 277: «*The standard for setting aside an award as contrary to public policy is stringent. In the United States, the award must be contrary to the forum's "most basic notions of morality and justice". The English standard is similarly strict, requiring that the award be "clearly injurious" or "wholly offensive". Perhaps influenced by the strict American and English standards, other national courts, such as those in Canada and Australia, have formulated comparable standards.*

¹⁷ Véase también a: Gibson, 2009, p. 1266: «[...] *the recommendations of the ILA's Final Report provide a sound guide for an enforcement court's discretion by emphasizing that refusal to enforce an award should occur only in "exceptional circumstances" and that consideration should be given to whether a relevant mandatory rule reflects the "essential" political, social, cultural, moral, or economic interests of the States concerned. The Final Report is an excellent example of the arbitration system internalizing its own regulatory function and signifies a major contribution to the civilization of arbitration.*».

de orden público de la Convención de Nueva York debe ser aplicada de manera restrictiva y «*only where enforcement would violate the forum states' most basic notions of morality and justice*» (Berglin, 1986, p. 168) pues «*to read the public policy defense as a parochial device protective of national political interests would seriously undermine the Convention's utility*» (Farnsworth, 1991, pp. 405-406). Esta es la noción de orden público internacional y es la que se usa en arbitraje internacional.

Entonces, si eventualmente una corte europea ha rechazado una sentencia judicial punitiva, no se puede concluir automáticamente que también se vaya a rechazar un laudo arbitral punitivo. Si se aplica la Convención de Nueva York, entonces debe aplicarse la noción restrictiva del orden público, esto es, la noción de orden público internacional. Y sería complicado que un laudo punitivo pueda ser considerado como algo que vulnera las nociones básicas de la moral y la justicia.

Pensemos en Alemania por un momento. Mientras que países como Italia cambiaron su posición antipunitiva al reconocer desde el 2017 la función punitiva en la responsabilidad civil con ocasión de un exequátur según la sentencia 16601-2017 (Sezioni Unite), otros países como Alemania han permanecido con su posición antipunitiva. En el caso alemán se alegó la noción de orden público nacional. Si actualmente un laudo punitivo buscara ejecución en Alemania en virtud de la Convención de Nueva York, ¿cuál sería el resultado? Las cortes alemanas estarían obligadas a resolver el caso en virtud del orden público internacional. En teoría, la corte alemana debería ejecutar el laudo punitivo pues sería cuestionable que llegue a la conclusión que los *punitive damages* son contrarios a las nociones básicas de la moral y la justicia, cuando precisamente los mismos tienen fundamentos morales (en la especial reprochabilidad de la conducta) y de justicia (para castigar y evitar que comportamientos similares vuelvan a ocurrir).

5. EL PODER DE LOS ÁRBITROS DE IMPONER *PUNITIVE DAMAGES*

5.1. El caso Mastrobuono

De manera previa, debemos advertir que el caso Mastrobuono surge de una controversia arbitral nacional sobre *securities* y en el contexto de una relación contractual con consumidores. Sin perjuicio de ello, lo resuelto en dicho caso tiene un impacto en el arbitraje comercial internacional (Gotanda,

1997, p. 77), pero dicha jurisprudencia debe ser aplicada con cuidado, pues encuentra varios matices frente a las reglas del derecho internacional. Este caso es el punto de partida cuando se discute si los árbitros tienen o no poder sancionador para imponer *punitive damages*.

Todo empieza por lo resuelto por la *Supreme Court en Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.* (1995)¹⁸. Este caso demuestra la revolución en favor del arbitraje en Estados Unidos de América (Carbonneau, 2008, pp. 239-240).

Se trata de una controversia relacionada al mercado de *securities*. Antonio y Diana Mastrobuono (los demandantes) abrieron una cuenta de corretaje con Shearson Lehman Hutton. El artículo 13 del Client Agreement señalaba que:

This Agreement [...] shall be governed by the laws of the State of New York [...] [A]ny controversy arising out of or relating to [the plaintiffs'] accounts [...] shall be settled by arbitration in accordance with the rules then in effect, of the National Association of Securities Dealers, Inc. or the Board of Directors of the Nueva York Stock Exchange Inc. as [the plaintiffs] may elect [...].

Nueva York suele ser una de las sedes arbitrales preferidas (Choi y Eisenberg, 2010, p. 509; Greenhouse, 1995).

Los demandantes alegaron el uso indebido de los fondos de la cuenta entre otros reclamos. En 1989 se siguió un arbitraje ante el National Association of Securities Dealers (NASD). Un tribunal de tres árbitros otorgó en favor de los demandantes USD 159 327 en daños y USD 400 000 en *punitive damages*. Shearson pagó el monto compensatorio, pero solicitó la anulación de la parte punitiva ante una corte distrital señalando que, bajo el derecho de Nueva York, el derecho aplicable según la cláusula del *choice-of-law* del Client Agreement, los árbitros no tienen el poder para otorgar *punitive damages*.

Antes de Mastrobuono primaba la regla establecida en el caso *Garrity v. Lyle Stuart* (1976)¹⁹, en donde se indicó que bajo el derecho de Nueva York solo

¹⁸ Mastrobuono es uno de los casos más comentados en la experiencia americana arbitral. Al respecto, ver Cleary, 1996-1997, pp. 199 y ss.; Born, 1995, pp. 394 y ss.; Gotanda, 1997, pp. 59 y ss.; Williams, 1995, pp. 281 y ss.; Mundheim, 1995, pp. 197 y ss.; Lansing y Bailey, 1996, pp. 201 y ss.; Jones, 1995, pp. 129 y ss.; Barrett, 1996, pp. 517 y ss.; Silverman, 1997, 306 y ss.; Blum, 1995, pp. 1063 y ss.; Shell, 1996, pp. 43 y ss.; Efron, 1995, pp. 333 y ss.; Casazza, 2002, pp. 189 y ss.

¹⁹ Para una descripción detallada del caso, ver Stipanowich, 1997-1998, pp. 11 y ss.

los jueces podían otorgar *punitive damages*. Los árbitros no tienen el poder para imponer sanciones (Stipanowich, 1986, p. 958). Se trata de una regla arbitral y no de derecho sustantivo. La Corte de Apelaciones de Nueva York señaló que:

[...] *punitive damages is a sanction reserved to the State, a public policy such magnitude as to call for judicial intrusion to prevent its contravention. Since enforcement of an award of punitive damages as a purely private remedy would violate strong public policy, an arbitrator's award which imposes punitive damages should be vacated [...]. The freedom of contract does not embrace the freedom to punish, even by contract* (Mourre, 2009, p. 223; Jones, 1987, p. 21).

Entonces, los árbitros no tienen poder punitivo y tampoco las partes pueden otorgar dicho poder a los árbitros.

Desde que el artículo 13 del Client Agreement señalaba que «*This Agreement [...] shall be governed by the laws of the State of New York [...]*», Shearson argumentaba que la inclusión de tal cláusula de *choice-of-law* era muestra de la intención de las partes de excluir la posibilidad de solicitar *punitive damages* en arbitraje. Por su parte, los demandantes alegaron que la Federal Arbitration Act (FAA), la cual garantiza que «*private agreements to arbitrate are enforced according to their terms*», primaba sobre la regla impuesta en Garrity. Finalmente, la corte distrital anuló el laudo pues los árbitros se excedieron en sus poderes dado que los demandantes «*contractually waived any potential award of punitive damages in arbitration*».

La Supreme Court tomó el caso y concluyó que los árbitros sí tenían el poder para imponer *punitive damages* dado que la cláusula de *choice-of-law* solo se refería al derecho sustantivo mas no al derecho arbitral, y señaló que las partes en virtud de su autonomía privada pueden pactar en el convenio arbitral el poder de los árbitros para imponer *punitive damages* incluso si el derecho nacional precluye de tal poder a los árbitros. En otras palabras, la FAA y su conocida política pro arbitraje (Born, 2009, pp. 1067-1068; Mitchell y Bales, 2012, pp. 9 y ss.) primaron sobre la regla de Garrity (Choi & Eisenberg, 2010, p. 510; Gotanda, 1997, pp. 71-72; Mundheim, 1995, p. 2010).

Lo resuelto por la Supreme Court en Mastrobuono puede resumirse en dos grandes conclusiones: (1) debe primarse lo pactado en el convenio arbitral, y si las partes pactaron que podían someter a arbitraje la imposición de *punitive*

damages, entonces este pacto debe respetarse y (2) si el convenio arbitral no dice nada sobre el poder de los árbitros de imponer *punitive damages*, e incluso el convenio arbitral es lo suficientemente amplio, se entenderá que tal poder existe. Así es como se cambia la regla supletoria: mientras que antes se discutía que los árbitros solo tendrían el poder para imponerlos en caso de pacto expreso, ahora los árbitros podrán imponer *punitive damages* salvo que las partes expresamente hayan excluido este remedio en el convenio arbitral.

La Supreme Court señaló que la cláusula de *choice-of-law* solo se refería al derecho sustantivo de Nueva York y no al derecho de arbitraje y los poderes que tiene el árbitro. Entonces, no aplica la regla de Garrity. No podría considerarse que una cláusula de *choice-of-law* tan amplia represente un pacto expreso en contra del poder punitivo de los árbitros. Según la Supreme Court:

Even if the reference to «the laws of the State of New York» is more than a substitute for ordinary conflict-of-law analysis [...] the provision might not preclude the award of punitive damages because New York allows its courts, though not its arbitrators, to enter such awards. In other words, the provision might include only New York's substantive rights and obligations, and not the State's allocation of power between alternative tribunals (Casazza, 2002, p. 210).

Conforme a la Supreme Court, también debemos tener en cuenta que el artículo 13 del Client Agreement permitía que el arbitraje se realice bajo las reglas de la NASD. El artículo 41(e) del Code of Arbitration Procedure del NASD señala que los árbitros podrán otorgar «*damages and other relief*»; mientras que un manual que se otorga a los árbitros del NASD señala que «*the issue of punitive damages may arise with great frequency in arbitrations. Parties to arbitration are informed that arbitrators can consider punitive damages as a remedy*» (Williams, 1995, p. 307). Entonces, el artículo 13 no puede interpretarse como un pacto expreso en contra del poder sancionador de los árbitros.

También tengamos en cuenta que la sección 21(f)(4) del NASD Rules of Fair Practice señala expresamente que no se puede limitar los poderes de los árbitros: «*No agreement shall include any condition which limits the ability of a party to file any claim Arbitration or limits the ability of the arbitrators to make any award*».

Además, una cláusula ambigua debe interpretarse en favor del arbitraje. Como señaló la Supreme Court en el caso *Volt Information Sciences v. Board of Trustees* (1989): «*Due regard must be given to the federal policy favoring arbitration, and ambiguities as to the scope of the arbitration clause itself [should be] resolved in favor of arbitration*» (Thompson, DeVaney, Camp & Palmer, 2000, p. 134).

En el mismo sentido, y según el derecho de contratos americano, las cláusulas ambiguas se interpretan en contra de quien las redactó. Como el Client Agreement fue un contrato de adhesión redactado unilateralmente por Shearson, entonces la cláusula vaga se interpreta en contra de Shearson. Como señala la sección § 206 del Restatement (Second) of Contracts: «*In choosing among the reasonable meanings of a promise or agreement or a term thereof, that meaning is generally preferred which operates against the party who supplies the words or from whom a writing otherwise proceeds*».

Entonces, interpretando lo pactado en el convenio arbitral y lo señalado en la cláusula de *choice-of-law*, la Supreme Court concluyó que no había intención de pacto en contra del poder punitivo de los árbitros²⁰; por el

²⁰ El pacto de un convenio arbitral no puede ser considerado como argumento para señalar que las partes quisieron renunciar a su derecho de solicitar la imposición de *punitive damages* en arbitraje. Ver Stipanowich, 1997-1998, pp. 34-35: «*First of all, interpreting a typical arbitration clause as a waiver of the ability to seek sanctions would be totally contrary to the reasonable expectations of the typical signatory of a contract containing an arbitration agreement. The agreement to arbitrate usually represents nothing more than a waiver of normal judicial process in favor of an alternative procedure. Ignoring this basic reality would permit companies that incorporate arbitration clauses in standard form contracts to insulate themselves from sanctions by means of boilerplate language-boilerplate the normal reader would never interpret as resulting in a deprivation of a basic substantive right available in litigation. Surely, the typical consumer would not sign an arbitration agreement if she were aware that the option to arbitrate came at such a price. Second, public policy restrictions on prospective waivers of sanctions apply just as strongly in arbitration agreements as in other contracts. In Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Phymouth, Inc., for example, the Supreme Court made clear that public policy limitations on advance waivers of multiple statutory damages under federal antitrust laws applied with equal vigor to arbitration agreements: "We [...] note that in the event the choice-of-forum and choice-of-law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party's right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy. Thus, even an explicit statement in an executory arbitration agreement that punitive damages were not available in arbitration would not mean that they were categorically unavailable, but only that such relief was beyond the scope of the arbitrator's authority. They would still have to be available somewhere-namely, in the public justice system. To reach any other conclusion would frustrate the goals of punishment and deterrence, do violence to reasonable expectations, and, very likely, undermine the viability of arbitration*»; Marinuzzi, 2010, p. 509: «*A contract that forces parties to arbitrate all disputes*

contrario, existían razones para concluir que dicho poder sí existió para el caso en concreto.

Es pertinente subrayar que posterior a Mastrobuono el NASD —uno de los SROs (Self-Regulatory Organization) más importantes en el negocio de corretaje y *securities*— emitió en 1996 un reporte titulado *Securities Arbitration Reform* (Choi & Eisenberg, 2010, p. 510), en donde propuso (a) fomentar el uso de *punitive damages* en *securities arbitration*, (b) se indicó que el poder punitivo de los árbitros no es contrario al orden público bajo la FAA, (c) que no se puede pactar en contra del poder punitivo de los árbitros y (d) señaló como límite de la cuantía punitiva el menor de dos veces los daños compensatorios o USD 750,000 (Cleary, 1996-1997, pp. 203 y ss.).

La mayor cantidad de *securities arbitration* son administrados por la NASD (o actualmente, la FINRA-Financial Industry Regulatory Authority). Choi & Eisenberg elaboraron uno de los pocos estudios empíricos en relación con la regularidad con que se otorgan *punitive damages* en *securities arbitration*. Durante el periodo estudiado, el NASD administró el 90% de reclamos por parte de consumidores contra *brokers*. El número de casos que se presentaron por año fue en promedio de 5000 a 6000, llegando a 9000 en 2003. Desde 1996 al 2006, la NASD llevó aproximadamente 70 000 reclamos.

De los 6803 laudos estudiados, se otorgaron daños en 3329 casos, lo cual representa un porcentaje del 48.9%. De los 3329 casos, en 304 (el 9.1%) se impuso *punitive damages* (Choi & Eisenberg, 2010, pp. 511-512):

Tabla 1
Arbitration Awards (1992-2006)

	Mean	Median	N
Punitive award	446,725	109,844	304
Compensatory award	156,077	43,653	3,329
Compensatory award in cases with punitive award	410,707	113,130	304

Note. The data consist of 6,803 Financial Industry Regulatory Authority/National Association of Securities Dealers awards decided by 418 arbitrators. Mean and median values are in inflation-adjusted 2007 dollars. Fuente: *The Journal of Legal Studies*, 39(2), 2010.

may shield a wrongful party from the penalty it might have been subject to in a court proceeding while, at the same time, the aggrieved party may be denied the reward he or she truly desires».

Finalmente, también es común la imposición de *punitive damages* en controversias sobre *antitrust* en virtud del RICO (Racketeer Influenced Corrupt Organisations Act) (Mourre, 2009, p. 221; Offenkrantz, 1997, pp. 45 y ss.). La sección 1964(c) señala que «*any person injured in his business or property by reason of a violation of section 1962 of this chapter [...] shall recover threefold the damages he sustains and the cost of the suit, including a reasonable attorneys fee [...]*».

Esta especie de *punitive damages* se conoce como *treble damages*. A diferencia de los *punitive damages*, cuya cuantía es determinada por el árbitro o juez, en los *treble damages* la ley señala de manera previa un múltiplo al cual deberá ascender la cuantía (*multiple damages*). Este múltiplo está relacionado a la cuantía de los daños compensatorios. Entonces, si la víctima sufrió daños por cien, en virtud del RICO puede solicitar trescientos como condena total (cien por daños y doscientos en sanción).

5.2. El nuevo escenario para los *punitive damages* en el arbitraje comercial internacional

Debemos diferenciar entre el poder punitivo de los árbitros y el ejercicio de tal poder punitivo. El hecho de que los árbitros estén autorizados para otorgar *punitive damages* no quiere decir que lo harán (Jia Fei, McDonald & Bai, 2013, p. 50).

La primera pregunta que debemos responder es si los árbitros tienen el poder para imponer *punitive damages*. Si la respuesta es afirmativa, aún queda pendiente analizar si los árbitros deberán ejercer dicho poder en un caso en concreto. Si se concluye que el convenio arbitral es lo suficientemente amplio como para incluir el poder sancionador del árbitro o existe un pacto expreso al respecto, esto no quiere decir que los árbitros deberán ejercer sí o sí dicho poder.

Claramente, y de manera general, debe evaluarse el caso en concreto para determinar si conviene imponer *punitive damages*. Entre los presupuestos que usualmente concurren —no necesariamente todos— para que se decida por imponer *punitive damages* se encuentran: (1) que el daño haya sido ocasionado por una conducta especialmente reprochable, (2) que se genere una particular intolerancia en la sociedad, (3) que se haya generado un daño irreparable, (4) que se tenga como política mantener la inalienabilidad del

derecho afectado, y (5) que se busque mandar un mensaje a todo tercero para que dicha conducta no vuelva a ocurrir.

Sin embargo, en sede arbitral tenemos un presupuesto adicional: (6) la obligación del árbitro de emitir un laudo susceptible de ejecución en sede internacional²¹ (Nigel, Partasides QC, Redfern Hunter, 2015, pp. 506-507; Sutcliffe, 2012, p. 240). Por ejemplo, el artículo 41 de las ICC Rules señala que «*in all matters not expressly provided for in the Rules, the Court and the arbitral tribunal shall act in the spirit of these Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law*».

Téngase en cuenta que se trata de una obligación de medios y no de una obligación de resultados. Esto se debe a la existencia de causales de rechazo por parte de las cortes de ejecución. Precisamente, la causal del orden público le otorga a la corte, donde se busca ejecución del laudo extranjero, discrecionalidad para decidir si el laudo supera o no el estándar del orden público. Como el orden público es una cláusula general, habrá que esperar a que el juez aplique la cláusula al caso en concreto. Por ello, el tribunal arbitral no puede asegurarse de emitir un laudo completamente inatacable. Lo que deberá hacer, por el contrario, es tomar en cuenta diversos factores que le permita concluir que el laudo será susceptible de ejecución en sede internacional.

En el contexto de un arbitraje internacional en donde se discute la imposición de *punitive damages*, son cuatro los aspectos a tomar en cuenta para emitir un laudo punitivo susceptible de ejecución: (1) considerar el *forum shopping*, (2) la noción de orden público internacional, (3) diferenciar correctamente la parte punitiva de la condena de la parte compensatoria y (4) el respeto de los límites constitucionales a los *punitive damages*.

En primer lugar, los árbitros deben tener en cuenta las eventuales sedes en donde se buscaría la ejecución de laudo punitivo. Si la empresa demandada es una francesa que litiga en Estados Unidos de América, es lógico presumir que si los principales activos de la demandada se encuentran en Francia, que Francia será sede de ejecución del laudo. En este contexto, ¿se podría ejecutar el laudo americano punitivo en suelo francés?

²¹ Jia Fei, McDonald & Bai, 2013, p. 52: «*Parties attach great importance to the enforceability of an award, so should the arbitrators. Arbitrators should not only pay attention to the application of law in their hands, but also the realisation of the parties' rights awarded*».

Las cortes americanas sí tienen el poder de imponer *punitive damages*, pero no los jueces franceses. Si el demandante americano solicita a un juez francés el reconocimiento y ejecución de la condena americana punitiva, el juez francés podría alegar el orden público como excusa para rechazar dicha solicitud. Esto no sería una sorpresa dado que los *punitive damages* no están reconocidos en el *Code Civil* de 1804. Tradicionalmente el derecho de daños francés ha sido compensatorio, no punitivo. Desde esta perspectiva, a pesar de que el convenio arbitral otorgue poder punitivo a los árbitros, estos podrían cohibirse y no imponer *punitive damages*, pues anticiparían que la condena punitiva sería rechazada por los jueces franceses.

Sin embargo, actualmente nos encontramos ante un nuevo escenario en el derecho internacional privado. Existe una amplia jurisprudencia a lo largo de los años en favor de la función punitiva. Respecto a Francia, y conforme a la *Cour de cassation* en el caso *Schlenzka v. Fountaine Pajot* (2010), se señaló que los *punitive damages* como concepto son compatibles con el orden público siempre y cuando sean proporcionales (ratio 1:1). Existiendo este antecedente, los árbitros de una controversia entre un demandante americano y una demandada francesa, se sentirán más cómodo —teniendo el poder punitivo— de imponer *punitive damages* que no superen el monto otorgado por daños y perjuicios pues dicho laudo sí sería susceptible de ejecución en Francia.

Hasta el 2016 en Italia, un tribunal arbitral no tenía razones para pensar que una corte italiana ejecutaría un laudo punitivo. En *Parrott v. Fimez* (2007) se señaló que los *punitive damages* son contrarios al orden público de Italia (Benatti, 2008, p. 131; Quarta, 2008, pp. 755-757). Ello fue confirmado cinco años después en el caso *Soc Ruffinatti v. Oyola-Rosado* (2012) (Coppo, 2017, p. 605). Sin embargo, esta postura antipunitiva cambió en el 2017 con la sentencia 16601-2017 (Sezioni Unite), en donde se reconoció expresamente que la responsabilidad civil en Italia no es exclusivamente compensatoria al cumplir también con las funciones punitiva y disuasiva. Ahora, y desde el 2017, un tribunal arbitral podría otorgar *punitive damages* en un arbitraje internacional contra una empresa italiana, pues podría asumir que, de buscarse ejecución en Italia, el laudo punitivo sería ejecutado.

Esta evolución jurisprudencial es favorable al desarrollo de la función punitiva en el arbitraje comercial internacional. Antes tenía menos sentido

analizar el poder sancionador de los árbitros, pues de ejercerlo, sus laudos no serían ejecutables. Sin embargo, y dada la nueva jurisprudencia, ahora sí tiene sentido pactar expresamente el poder punitivo en el convenio arbitral, pues los árbitros podrán ejercerlos y emitir laudos válidos y susceptibles de ejecución en Europa.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, los árbitros deben tener en cuenta que en arbitraje internacional solo se puede rechazar la ejecución de laudos extranjeros sobre la base de la noción de orden público internacional, la cual es más restringida que la noción de orden público doméstico. En teoría, aunque Alemania haya denegado otorgar exequátur a una sentencia americana punitiva alegando el orden público doméstico, esto no quiere decir que una corte alemana llegue a la misma conclusión respecto con un laudo y aplicando la noción de orden público internacional. Los árbitros podrían considerar que los *punitive damages* no vulneran las nociones básicas de la moral y la justicia y, en consecuencia, concluir que no existen razones para que el laudo punitivo que vayan a emitir sea rechazado en una sede extranjera.

En tercer lugar, para emitir un laudo punitivo susceptible de ejecución, los árbitros deben delimitar correctamente el contenido del laudo total. Aunque pueda parecer extraño, se han presentado casos en donde las cortes americanas han emitido sentencias que impusieron un monto global sin diferenciar entre la parte punitiva y la compensatoria. Cuando luego se buscaba ejecutar dicha sentencia en territorio europeo, si la corte era antipunitiva, terminaba rechazando la ejecución de toda la sentencia en caso no pudiera distinguir entre la parte punitiva y la parte compensatoria. Esto es precisamente lo que ocurrió en los casos italianos Fimez (2007) y Ruffinatti (2012).

El tribunal arbitral deberá distinguir correctamente la condena punitiva de la condena compensatoria. En caso la corte europea concluya que los *punitive damages* vulneran el orden público, solo podrá rechazar la porción punitiva pero deberá ejecutar la porción compensatoria. Por el contrario, si no se distingue correctamente y la corte opta por una posición antipunitiva, terminará rechazando la totalidad del laudo (Nigel, Partasides QC & Redfern Hunter, 2015, p. 519).

Recordemos que las cortes de ejecución no pueden revisar el contenido de la sentencia o laudo extranjero por la prohibición de *révision au fond*. Entonces, las cortes europeas no podrían analizar y concluir que cierta parte es

punitiva y que cierta es compensatoria. Por ello, los árbitros deben delimitar correctamente lo que otorgan en el laudo.

En cuarto lugar, el laudo debe cumplir con los límites constitucionales aplicables a los *punitive damages*. Dado que nos encontramos ante una sanción, aunque sea privada, le es aplicable las garantías constitucionales que regulan al poder punitivo: (1) tipicidad, (2) derecho de defensa, (3) proporcionalidad, y (4) prohibición de sanción múltiple.

La tipicidad consiste en el reconocimiento por ley de los *punitive damages*, pues toda sanción —incluso las civiles— debe estar reconocida por una ley, tanto respecto a la conducta pasible de sanción como en la pena respectiva. Sin embargo, y con ocasión de la exigencia legal de la tipicidad de las penas, resulta pertinente mencionar ciertos conceptos típicos del arbitraje internacional y que lo distinguen de las controversias nacionales.

Dentro de una controversia internacional sometida al derecho internacional, los *punitive damages* no necesitan de reconocimiento legal pues la principal fuente del arbitraje es la autonomía privada que se materializa en el convenio arbitral²². Frente a ello, destaca la doctrina del *delocalised arbitration* (Lew, Mistelis & Kröll, 2003, pp. 64 y ss.; Poudret & Besson, 2007, pp. 91 y ss.) o desnacionalización (Moreno, 2013, p. 401), que desvincula al arbitraje de cualquier aspecto doméstico (Bamodu, 2015, pp. 238-237). Entonces, basta con el pacto de las partes²³. No tiene sentido pensar en una ley expresa

²² Carbonneau, 2011, pp. 417-419: «*A universal principle of contemporary arbitration is that contract plays a vital role in the governance of arbitration. The vitality of that role can vary by legal system, court, statute, or treaty. Nonetheless, party agreement often provides the most significant rules for regulating arbitrations and conducting arbitral proceedings. This is especially true in international commercial arbitration. There, the lack of a functional transborder legislative and adjudicatory process made contract the principal source of law for international commercial transactions and arbitrations*»; Alvik, 2011, p. 28: «*[...] prevailing notion of the process of international commercial arbitration as largely autonomous, with no allegiance to any particular municipal law, and governed par excellence by party autonomy*».

²³ Theofrastous, 1999, pp. 464-465: «*The primary rationales for de-localization of international commercial arbitration track arguments made in favor of party autonomy. In general -rather than concerning themselves with abstract notions of justice in dispute resolution- parties seek complete autonomy, or certainly very high levels of it, in the arbitration process as the most efficient means of settling the dispute. As the "cornerstone of international arbitration", party autonomy would seem to equate to predictability, a fundamental rationale for international arbitration. Parties want to predict and structure the risks facing them, and do not want to be hampered with (1) great divergences in the laws by which their obligations and rights will be judged, or (2) the possibility that the loser in a*

pues la misma simplemente no puede existir cuando se trata de controversias internacionales entre partes de diferentes países.

Por ello, el arbitraje internacional se rige en primer lugar, y principalmente, por lo pactado por las partes. Estas pueden definir la ley arbitral, la ley sustantiva, los poderes de los árbitros, la sede, si los árbitros deben ser abogados o no, si resolverán de derecho o conciencia, y cualquier otro aspecto relacionado a la solución de su controversia.

Entonces, si se admite que las partes pueden conceder a los árbitros el poder punitivo, la necesidad de ley expresa deviene en innecesaria, pues la fuente es el pacto de las partes. Tengamos en cuenta que ya existen diversas instituciones de derecho privado mediante la cual los árbitros ejercen poder punitivo. Lo hacen cuando confirman el pago de una penalidad, cuando otorgan daños morales punitivos o cuando calculan el resarcimiento en virtud de las ganancias ilícitas obtenidas por el dañador. En todos estos casos, el árbitro otorga un monto dinerario por encima de los daños y perjuicios. El exceso tiene naturaleza punitiva.

La diferencia entre otorgar poder para imponer *punitive damages* y otorgar cualquier otro monto dinerario extracompensatorio está en la transparencia, certeza y seguridad jurídica: mientras que en los *punitive damages* las partes ya saben que los árbitros podrán otorgar dicha cuantía, en los demás casos se otorga un monto punitivo encubierto (solo piénsese en el daño moral punitivo). Si los árbitros pueden ejercer poder punitivo, por coherencia no puede existir mayor cuestionamiento a que las partes puedan conceder expresamente dicho poder por pacto. Sería como reconocer algo que ya ocurre en los hechos.

El derecho defensa prohíbe que se puedan imponer sanciones de oficio. Solo procede a pedido de parte, y solo podrá otorgarse si la parte contra quien se pide la sanción tuvo la oportunidad de defenderse.

La proporcionalidad tiene que ver con la cuantía de los *punitive damages*. Los árbitros deben tener en cuenta que las cortes europeas los admiten siempre que sean proporcionales. Si son desproporcionales se considerarán como contrarios al orden público. Al respecto, y a manera de guía, Francia

dispute will be able to unravel a desirable outcome by calling on the national courts to interfere with the proceedings, or perhaps even nullify them».

y Alemania consideran que una sentencia punitiva será proporcional si no supera el monto que se otorgó por daños.

La prohibición de doble sanción impide imponer más de una sanción a la misma persona por un mismo hecho. Este límite resulta importante, por ejemplo, cuando estamos ante arbitrajes internacionales donde la controversia deriva de un contrato público. Si estamos ante un contrato de hidrocarburos, el incumplimiento de la normativa ambiental podría también generar un incumplimiento contractual. Si antes de que se emita un laudo el tribunal arbitral tiene conocimiento que la demandada ya ha sido sancionada en sede administrativa, debería evitar imponer *punitive damages* o en todo caso imponer una sanción menor si la sanción administrativa no fue suficiente para generar la disuasión deseada.

En Estados Unidos de América existe debate y preocupación respecto a los límites constitucionales sobre los *punitive damages* en arbitrajes, sobre todo respecto a la aplicación del Due Process Clause (Mundheim, 1995, p. 241; Boyarsky, 2006, pp. 229 y ss.; Kopp, 2004, pp. 289 y ss.). Es una típica crítica que el arbitraje otorga menos *judicial review* frente a una sanción privada, a diferencia del poder judicial. Incluso se suele afirmar que los límites constitucionales no se aplican al arbitraje pues al ser el mismo un juicio privado, también lo son los remedios que se otorgan en ellos, incluso los punitivos.

Consideramos que los límites constitucionales sí se aplican a los *punitive damages* en arbitrajes, y que el *judicial review* está presente y a cargo de las cortes de la sede y de ejecución. Entonces estos límites constitucionales se harán respetar de manera *ex post*. Así como una corte podría anular el laudo si una de las partes no pudo ejercer su derecho de defensa, otra corte podría rechazar la ejecución del laudo si el mismo vulnera el orden público al ser desproporcional.

En general, se verificará el cumplimiento de los límites constitucionales a través de las causales de anulación del laudo o las causales de rechazo de exequátur. Sobre todo, cláusulas generales como el orden público, que necesitan aplicarse al caso en concreto para definir su contenido, podrán ser utilizadas para tomar en cuenta cualquier incumplimiento constitucional que pueda considerarse en contra de las nociones básicas de la moral y la justicia. Si se emite un laudo punitivo vulnerando el derecho de defensa,

la prohibición de sanción múltiple o la proporcionalidad, la corte podrá alegar que tal laudo viola el orden público, y así, hacer respetar los límites constitucionales.

5.3. ¿Cuándo es posible otorgar *punitive damages* en el arbitraje comercial internacional?

5.3.1. *Mastrobuono en el arbitraje comercial internacional*

Existen dos posiciones respecto a cuándo es posible que los árbitros otorguen *punitive damages*: (1) Una posición liberal, que de una interpretación extensiva de *Mastrobuono* considera que será posible interponer *punitive damages* si los árbitros tienen dicho poder punitivo independientemente de lo que diga el derecho sustantivo²⁴ y (2) una posición conservadora, que considera que deben concurrir tanto el poder punitivo del árbitro (*lex arbitri* o convenio

²⁴ Gotanda, 1997, pp. 60 y 90-91: «Under a mechanical application of *Mastrobuono*, when neither the contract nor the applicable arbitral rules prohibit punitive damages, an arbitrator sitting in the United States would have the authority to award such relief, even if the governing law prohibits awards of punitive damages» y «an express provision authorizing punitive damages may conflict with a choice-of-law clause when the substantive law chosen by the parties prohibits exemplary relief [...]. Since French law does not allow exemplary relief, the choice-of-law clause and the arbitration provision appear to be in conflict on the issue of the availability of exemplary relief. The arbitrator here should have the authority to award punitive damages even though French law prohibits such award. This is because, in applying the law applicable to the dispute, the arbitrator must take into account all of the terms of the contract and must read the choice-of-law clause in conjunction with other contractual provision. Accordingly, the express language authorizing punitive damages would be read as modifying the choice-of-law clause»; Noussia, 2010, p. 281: «as *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton Inc.* shows, the Federal Arbitration Act pre-empts state substantive law»; Cleary, 1996-1997, p. 217: «The NASD Task Force's recommendations specifically eliminate the possibility of diluting this authorization of punitive damages. By proposing to give arbitrators authority to award punitive damages irrespective of state law to the contrary and by dictating the state law governing all disputes, the NASD Task Force has rendered the *Garrity* rule about as useful to the industry as sandals in a marathon»; Stipanowich, 1997-1998, pp. 2-3: «Arbitration entered its modern era in the 1920s when Congress passed the Federal Arbitration Act (FAA) to ensure specific performance of agreements to arbitrate future disputes. Since that time, most states have passed similar statutes, usually a variant of the Uniform Arbitration Act (UAA). With this legislative encouragement, arbitration enjoyed steady, if unspectacular, growth. Then, a short decade ago, the Supreme Court issued a series of opinions declaring the FAA a source of substantive federal arbitration law that preempts conflicting state law and sweeps away many pre-existing public policy limitations on the use of arbitration»; Jia Fei, McDonald & Bai, 2013, p. 52: «The question of whether an arbitral tribunal has the power to impose penal sanctions will however depend on the law of the place of arbitration (the *lex arbitri*) and on the terms of the arbitration agreement».

arbitral) como el reconocimiento legal de los *punitive damages* por el derecho sustantivo (*lex contractus*)²⁵.

Mastrobuono surge de una controversia nacional, vinculada a consumidores y sobre temas de cuentas de fondos y *securities*. A pesar de ello, se ha discutido sobre el impacto de Mastrobuono en el arbitraje comercial internacional. Esto se debe a que las reglas del derecho internacional que se aplican al arbitraje hacen del arbitraje un terreno más fértil para que lo resuelto por Mastrobuono tenga sentido en la práctica, a diferencia de su aplicación en controversias nacionales. Lo resuelto en este caso no puede ser aplicado de manera estricta en el arbitraje internacional. Hay varias cuestiones a tomar en cuenta que permiten hacer los matices necesarios.

Lo que llama la atención de Mastrobuono puede resumirse en dos reglas fundamentales: (1) Cambió la regla supletoria, pues ahora si el convenio arbitral es lo suficientemente amplio, se considera que los árbitros tienen poder punitivo; en todo caso, si es intención de las partes no someter a arbitraje la imposición de *punitive damages*, deben pactar en contra de manera expresa y (2) se puede pactar el poder punitivo de los árbitros aunque el derecho aplicable (arbitral o arbitral + sustantivo) no lo permita.

En relación con la primera regla fundamental, analicemos el impacto de la nueva regla supletoria. De manera previa, siempre debemos recordar que los *punitive damages* tienen origen anglosajón, y que en el contexto de un arbitraje comercial internacional se puede generar un choque de ideologías entre *common law* y *civil law*. Los *punitive damages* no se encuentran reconocidos expresamente en los códigos civiles europeos, a pesar de que sean bien conocidos entre los civilistas. Esta ausencia legislativa —aunque no doctrinal ni jurisprudencial— tiene ciertamente un impacto en el arbitraje. Si

²⁵ Sutcliffe, 2012, p. 239: «*The arbitral panel, before deciding a claim for punitive damages, must determine if the substantive law governing the merits of the dispute permits an award of punitive damages. Once the panel determines that it has the necessary authority under the governing substantive law, the panel must determine whether it has the power to make such an award by examining the law applicable at the seat of the arbitration (lex arbitri) and the arbitration award*»; Petsche, 2013, p. 40: «*Accordingly, in order for arbitrators to be able to grant exemplary damages in a particular case, both the applicable arbitration law and substantive law must authorize exemplary relief*»; Mohtashami, Holland, & El-Hosseney, 2017, pp. 29-30: «*An arbitral tribunal's authority to award non-compensatory damages is constrained in two ways: the first substantive and the second procedural. With respect to the first, the applicable law, the lex arbitri, the arbitration agreement, and the arbitration rules (where applicable) will together determine a tribunal's authority to award such damages*».

no existe alguna norma en el Código Civil que permita a los jueces imponer *punitive damages*, es de esperarse que las legislaciones arbitrales tampoco se pronuncien al respecto.

Diferente es el escenario en Estados Unidos de América. Desde que allí sí se admite abiertamente la imposición de *punitive damages*, existen instrumentos arbitrales que sí se pronuncian sobre la posibilidad de someter a arbitraje la imposición de *punitive damages* (Friedland, 2007, pp. 100-101). Mientras que las reglas del NASD autorizan el poder punitivo de los árbitros, el artículo 31(5) del ICDR-AAA Arbitration Rules señala que las partes no pueden solicitar *punitive damages* a menos que expresamente se haya pactado²⁶. Recordemos que a diferencia del *civil law*, el *common law* parte de una perspectiva remedial del derecho de contratos²⁷, de manera que los instrumentos arbitrales sí se pronuncian expresamente sobre los remedios que pueden otorgar un árbitro, a diferencia de lo que ocurre en los instrumentos de derecho de arbitraje del *civil law*.

Lo mencionado tiene como efecto que, en general, con excepción de algunos instrumentos arbitrales como las reglas de arbitraje de la NASD, la mayoría no contenga una regla expresa respecto a si los árbitros tienen o no poder para otorgar *punitive damages*. Existe un silencio absoluto en relación con el tema. Tal silencio, sin embargo, no se considera como prueba de que los árbitros no tienen poder punitivo²⁸. Es necesario revisar qué dice el convenio arbitral al respecto.

La Rule 47 (antes Rule 43) de la American Arbitration Association Commercial Arbitration Rules —que regula la extensión del laudo (*scope of award*)— señala que «*the arbitrator may grant any remedy or relief that the arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties [...]*». Desde que esta disposición es amplia y otorga gran poder

²⁶ *Unless the parties agree otherwise, the parties expressly waive and forego any right to punitive, exemplary, or similar damages unless any applicable law(s) requires that compensatory damages be increased in a specified manner. This provision shall not apply to an award of arbitration costs to a party to compensate for misconduct in the arbitration.*

²⁷ Ver Saavedra, 2014, pp. 110 y ss.

²⁸ Petsche, 2013, p. 36: «*Under the predominant view, the silence of the applicable arbitration law does not imply that arbitrators lack the ability to grant punitive damages relief, although the parties may agree to exclude this ability*».

remedial a los árbitros, se ha considerado que la misma incluye la posibilidad de imponer *punitive damages* (Gotanda, 1997, pp. 79-80).

El artículo 26 de las Rules del London Court of International Arbitration regula al laudo y solo señala la posibilidad de los árbitros de imponer intereses, pero nada respecto a *punitive damages*²⁹. Por su parte, tanto la ICC Rules of Arbitration como la UNCITRAL Arbitration Rules, no contienen alguna disposición respecto a la extensión del laudo ni a los poderes remediales de los árbitros.

Dentro de este escenario, uno podría concluir que dado que los instrumentos arbitrales no señalan nada al respecto, debería entenderse que los árbitros no tienen el poder para otorgar remedios punitivos. En todo caso habría que revisar si en el convenio arbitral existe un pacto expreso respecto a dicho poder. Sin embargo, con Mastrobuono se considera que el silencio de los instrumentos arbitrales no es un problema, pues si el convenio arbitral no contiene un pacto en contra e incluso es lo suficientemente amplio, entonces se entenderá que la intención de las partes fue que los árbitros sí tengan el poder para otorgar *punitive damages*. Se podría incluso hablar de un poder implícito e incluso innominado del árbitro³⁰, pero que en todo caso, para que no pueda ejercerlo se necesita de pacto en contra.

Esta nueva regla supletoria hace que el análisis se enfoque exclusivamente en la interpretación de los términos y condiciones del convenio arbitral.

En el arbitraje comercial internacional, por su carácter internacional, se da especial preferencia al pacto de las partes. Las partes son quienes definen todos los aspectos procedimentales y sustantivos relacionados a la resolución de su controversia. En la experiencia americana y de la mano de la FAA, existe un claro y fuerte favoritismo en favor de respetar estrictamente los términos del convenio arbitral. Entonces, y como ya se indicó en Mastrobuono, si las partes pactan el poder de los árbitros de otorgar *punitive damages*, entonces dicho pacto debe respetarse.

²⁹ «26.4 Unless the parties have agreed otherwise, the Arbitral Tribunal may order that simple or compound interest shall be paid by any party on any sum awarded at such rates as the Arbitral Tribunal decides to be appropriate (without being bound by rates of interest practised by any state court or other legal authority) in respect of any period which the Arbitral Tribunal decides to be appropriate ending not later than the date upon which the award is complied with».

³⁰ Sobre los poderes inherentes e innominados del árbitro, ver Del Prato, 2018, pp. 161 y ss.

Por otro lado, si el convenio arbitral no dice nada al respecto, y como sería de esperar, tampoco la *lex arbitri*, no debemos concluir inmediatamente que los árbitros no tienen poder punitivo. Debemos tener en cuenta otros aspectos para verificar cuál fue la intención de las partes: (1) análisis de la cláusula de *choice-of-law*, (2) los usos y costumbres, y (3) otros términos del contrato o circunstancias (Gotanda, 1997, pp. 96-98).

La cláusula de *choice-of-law* designa cuál es el derecho aplicable al fondo de la controversia. Si se eligió la ley de California, podría argumentarse que la intención de las partes fue tener la posibilidad de solicitar la imposición de *punitive damages*, pues allí la ley sustantiva sí lo permite. Por el contrario, si se opta por la ley de Alemania, en donde no solo no existen los *punitive damages* en el BGB, sino que además se rechazó una sentencia americana punitiva en el caso John Doe v. Eckhard Schmitz (1992), en donde se señaló que los *punitive damages* son contrarios al orden público de Alemania (entiéndase, contraria al derecho sustantivo), entonces será difícil concluir que la intención de las partes fue que los árbitros tuvieran poder punitivo.

Los usos y costumbres podrían ser de ayuda para concluir si la controversia en concreto es una en donde normalmente se imponen *punitive damages*. Como sabemos, los usos y costumbres son fuente de derecho en el arbitraje comercial internacional y, por ello, ante falta de pacto, podrán aplicarse de manera supletoria. Lo cierto es que los *punitive damages* son la excepción en controversias arbitrales, pues tal sanción privada es generalmente admitida en casos de *torts*, pero solo excepcionalmente en casos de *breach of contract*. A pesar de ello, podría argumentarse que en determinados sectores sí existe una práctica en favor de los *punitive damages*. Aunque sea de manera excepcional, algunos tribunales arbitrales los han otorgado en controversias marítimas (Gotanda, 2009, p. 555; Jia Fei, McDonald & Bai, 2013, p. 68), de *securities* y sobre *antitrust*.

Finalmente, se pueden tomar en cuenta otras cláusulas del contrato que contiene el convenio arbitral. Si en alguna cláusula del contrato se indicara que en caso de incumplimiento el deudor deberá pagar *punitive damages*, no se deberá entender dicha cláusula como una de estilo, sino como muestra de la intención de las partes de poder someter a arbitraje la posibilidad de imponer una sanción privada. Por otro lado, si la cláusula de *choice-of-law* designa como ley sustantiva una que reconoce a los *punitive damages*, deberá

entenderse que la intención de las partes fue otorgar a los árbitros el poder punitivo. No podría decirse que debió también haberse pactado dicho poder de manera expresa en el convenio arbitral.

De una interpretación global de todas las cláusulas del contrato y el convenio arbitral, y siguiendo una posición pro arbitraje en virtud de su internacionalidad, deberá concluirse que la intención de las partes fue otorgar a los árbitros el poder punitivo. Adicionalmente, también podrá tomarse en cuenta cualquier otra circunstancia del caso.

Lo resuelto por Mastrobuono no genera mayores inconvenientes en arbitrajes bajo normas americanas. Pero cuando se trata de arbitrajes internacionales en donde chocan las ideológicas del *common law* y el *civil law*, puede ser que surjan problemas. Estos problemas pueden surgir de lo señalado por Mastrobuono respecto a la primacía de lo pacto por las partes sobre el derecho aplicable.

En relación a la segunda regla fundamental, la Supreme Court en Mastrobuono señaló que:

Relying on our reasoning in Volt, respondents thus argue that the parties to a contract may lawfully agree to limit the issues to be arbitrated by waiving any claim for punitive damages. On the other hand, we think our decisions in Allied Bruce, Southland, and Perry make clear that if contracting parties agree to include claims for punitive damages within the issues to be arbitrated, the FAA ensures that their agreement will be enforced according to its terms even if a rule of state law would otherwise exclude such claims from arbitration. Thus, the case before us comes down to what the contract has to say about the arbitrability of petitioners' claim for punitive damages.

Cuando la Supreme Court dice que la «*FAA ensures that their agreement will be enforced according to its terms even if a rule of state law would otherwise exclude such claims from arbitration*», hay dos manera de interpretar dicho extremo: (1) según la posición liberal, o (2) según la conservadora.

La discusión se encuentra en definir qué se debe entender por *state law* si se hace referencia solo al derecho de arbitraje o también al derecho sustantivo. Para los americanos esto no genera mayor problema, pues para ellos los *punitive damages* en arbitraje es una cuestión arbitral de definición de los poderes del árbitro. Esto es así porque ya son ampliamente reconocidos en

Estados Unidos de América, de manera que los jueces pueden aplicarlos. Entonces cuando se habla de los árbitros, ya no se discute sobre el derecho sustantivo sino sobre el derecho arbitral. Entonces, el poder punitivo de los árbitros se discute como un problema del derecho de arbitraje.

Por el contrario, para el *civil law*, desde que los jueces no pueden imponer *punitive damages* porque los mismos no se encuentran reconocidos en las codificaciones civiles, el poder punitivo de los árbitros es un aspecto de derecho sustantivo y no de derecho arbitral.

Entonces, acá surge la discusión: cuando estamos ante un arbitraje comercial internacional en donde se pactó expresamente el poder punitivo de los árbitros, pero se eligió como ley sustantiva una que no reconoce la posibilidad de otorgar *punitive damages*. En este escenario, existen dos posiciones respecto a cómo aplicar lo resuelto en Mastrobuono.

La posición liberal considera que si las partes pactaron expresamente el poder punitivo de los árbitros, entonces no interesa si el derecho arbitral no lo permite o no dice nada, o si el derecho sustantivo no reconoce a los *punitive damages*. Desde que estamos ante una controversia internacional, deben regir las reglas del derecho internacional; entre ellas, la delocalización del arbitraje internacional y el respeto de la autonomía de las partes como principal fuente de las reglas del arbitraje.

Al respecto, no olvidemos que en el *civil law* se admite que los árbitros, siempre que exista pacto de las partes³¹, puedan actuar como *amiable compositeur*; esto es, resolver la controversia sin aplicar reglas de derecho (Gotanda, 1997, p. 91). Entonces, entiéndase que el *amiable compositeur* tiene poderes más amplios que un árbitro de derecho, pero claramente no ilimitados, pues siempre deberá respetar el acuerdo de las partes y el derecho de defensa. No está de más recordar que el laudo no puede ser cuestionado por un juez cuando haya sido emitido por un *amiable compositeur* (Craig, Park & Paulsson, 1990, pp. 312-313).

Téngase también presente que un *amiable compositeur* es distinto y tiene poderes más amplios que un árbitro de conciencia o equidad. En países

³¹ Por ejemplo, el artículo 28(3) de las reglas UNCITRAL señala que «*The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so*».

como Francia³², España³³ y Holanda³⁴ se reconoce expresamente a la equidad en los respectivos códigos civiles, y ella es aplicada al momento de resolver una controversia contractual (con todos los peligros que ello representa). Entonces, un arbitraje de equidad aplicando tales codificaciones civiles es realmente un arbitraje de derecho. Por el contrario, el *amiable compositeur* es un verdadero árbitro que no se basa en el derecho, que podría incluso aplicar la equidad en sistemas jurídicos en donde la misma no está reconocida expresamente por la ley.

Si las partes pactaron un *amiable compositeur*, ¿podrían los árbitros otorgar *punitive damages*? Se considera que sí es posible siempre que se haya respetado el derecho de defensa de ambas partes; esto es, no puede tratarse de una imposición de oficio.

Si se elige por un *amiable compositeur*, se otorgan amplios poderes a los árbitros para ir más allá de la *lex mercatoria* y los principios de justicia (los cuales ya son aplicados por los árbitros de derecho) y, en consecuencia, pueden actuar tanto como jueces y legisladores (Craig, Park y Paulsson, 1990, p. 137). En este contexto, el árbitro podría decidir que es justo imponer una sanción sobre la base de equidad³⁵. Si esto ya se permite en el arbitraje internacional, un árbitro de derecho podría imponer un remedio punitivo basándose en lo pactado en el convenio arbitral, principal ley para las partes respecto al procedimiento arbitral y de lo que puede someterse a arbitraje.

Teniendo en cuenta lo mencionado, no debe parecer raro que en cumplimiento de lo pactado por las partes, los árbitros de derecho puedan otorgar *punitive damages* porque así lo quisieron las partes, aunque la regla de derecho sustantivo aplicable no admita tal sanción. En este caso, se deberá proceder a una interpretación global del convenio arbitral y la cláusula de *choice-of-law*, y concluir que el primero modifica al segundo para permitir el poder punitivo de los árbitros. De lo contrario, habría que llegar a la inverosímil conclusión que las mismas partes no sabían lo que estaban pactando. Por ejemplo, que tanto una empresa francesa y una americana no sabían, cuando

³² Artículo 1194 del Code Civil.

³³ Artículo 3(2) del Código Civil español.

³⁴ Artículo del 6:2(2) del Burgerlijk Wetboek.

³⁵ Por ejemplo, en el *common law* se discute si el *disgorgement* es un remedio de equidad o se trata de una sanción. Este remedio permite otorgar en favor del demandante, y ante la comisión de un daño, un monto calculado en base al beneficio ilícito que termina siendo mayor a los daños.

negociaban su contrato internacional, que en Europa no existen los *punitive damages* en las codificaciones europeas, y que ellas mismas en su ignorancia pactaron —de manera contradictoria— el poder punitivo en su convenio arbitral pero eligieron como ley sustantiva una civilista.

El mejor camino en la interpretación contractual es partir de la premisa y reconocer, sobre todo en el ámbito internacional, que estamos ante partes sofisticadas y que la labor de los árbitros es encontrar la común intención de las partes. Entonces, el convenio arbitral y la cláusula de *choice-of-law* deben ser interpretadas en armonía y no desde la premisa que se tratan de cláusulas antitéticas.

Asimismo, los árbitros deberán tener en cuenta las eventuales sedes de ejecución del laudo. Si existe jurisprudencia en materia de exequátur y en favor de los *punitive damages*, entonces el árbitro deberá ejercer el poder punitivo conferido por las partes. Si bien es cierto que el árbitro debe ser cuidadoso para no emitir un laudo inejecutable, lo cierto es que estamos ante una obligación de medios pues la ejecución termina siendo un tema judicial encargado a las cortes, a quienes se les ha otorgado discrecionalidad para anular o ejecutar laudos en base a causales ambiguas y controversiales como el orden público. Entonces los árbitros cumplen con su análisis si llegan a concluir que existen razones suficientes para considerar que el laudo que están emitiendo es uno sólido e incuestionable.

Por el contrario, si partimos de la posición conservadora, los árbitros no podrán otorgar *punitive damages* así exista pacto expreso de las partes o si la ley de fondo no los reconoce. Estos deben estar permitidos tanto por la *lex contractus* como la *lex arbitri*. No compartimos esta interpretación conservadora.

Para analizar mejor esta contraposición de posiciones, presentamos seis escenarios en donde se podría o no proceder con la imposición de *punitive damages* y las consecuencias jurídicas de ello. En general, somos conscientes de las objeciones que podrían presentarse al ejercicio punitivo de los árbitros, pero consideramos que existen mayores razones —como se explica a continuación— para demostrar que tienen un fértil territorio para echar raíces y florecer en el arbitraje comercial internacional.

5.3.2. Seis supuestos en donde se discute sobre la imposición de *punitive damages*

Vamos a dividir los supuestos en dos. Los cuatro primeros son escenarios *ex ante* (previos al otorgamiento de *punitive damages*) mientras que los dos restantes son escenarios *ex post* (cuando ya se otorgaron). En los escenarios *ex ante* los árbitros evalúan si teniendo el poder punitivo, lo ejercen o no para imponer *punitive damages*. En los escenarios *ex post*, las cortes nacionales evaluarán si anulan o ejecutan los laudos punitivos. Así es como se distingue entre la participación de los árbitros para otorgarlos (que es un problema de los poderes arbitrales), de la participación de los jueces de revisar tales condenas punitivas (que es un problema de *enforcement*).

El primer supuesto es aquel en donde se concluye que el convenio arbitral otorga la posibilidad de someter a arbitraje la imposición de *punitive damages*. A su vez, las partes pactaron como regla aplicable al fondo del arbitraje (*choice-of-law*) una ley que no los reconoce expresamente (para estos efectos, la ley francesa).

Dado que normalmente los instrumentos arbitrales no se pronuncian sobre si los árbitros tienen o no poder punitivo, lo primero que se deberá revisar es lo que las partes pactaron en el convenio arbitral. Los árbitros tendrán poder punitivo si: (1) existe pacto expreso, o (2) si la redacción del convenio arbitral es lo suficientemente amplia que, adicionalmente a otros criterios (*choice-of-law*, usos y costumbres, y otras circunstancias jurídicas o fácticas), se puede concluir que las partes no quisieron excluir la posibilidad de litigar sobre *punitive damages*.

En este caso, los árbitros son los titulares del poder punitivo; por eso, es necesario prestar atención a la ley sustantiva. Si la ley es la francesa, se podría cuestionar la intención de las partes de otorgar poder punitivo a los árbitros desde que el Code Civil no reconoce a los *dommages et intérêts punitifs*. Si los árbitros optan por la posición conservadora, entonces para ellos no será suficiente el pacto de las partes. Dado que la aplicación del derecho francés no permite otorgar *punitive damages*, los árbitros no se considerarán legitimados para otorgar dicha sanción. En este primer escenario los árbitros, siendo titulares del poder punitivo, se cohiben y no otorgan *punitive damages*.

El segundo supuesto es igual al primero; esto es, en virtud del convenio arbitral los árbitros sí tienen el poder de otorgar *punitive damages*. Sin embargo, la ley francesa no los reconoce. Pero a diferencia del supuesto anterior, los árbitros sí otorgan *punitive damages* al optar por la posición liberal, de manera que para ellos basta el pacto expreso de las partes independientemente del derecho aplicable (sea arbitral o sustantivo).

Los árbitros son conscientes de que se encuentran ante una controversia internacional en donde prima la autonomía privada (Alvik, 2013, p. 390), y, en consecuencia, desvinculados (*delocalised*)³⁶ de cualquier obstáculo de fuente nacional. Y como debe darse preferencia al pacto de las partes y optar por una postura proarbitraje, optan por otorgar *punitive damages*. Pero no basta solo con ello. Los árbitros deben procurar que el laudo que emitirán sea susceptible de ejecución en sede internacional. En el contexto de un arbitraje internacional en donde se litiga *punitive damages*, se debe prestar atención a (1) el *forum shopping*, (2) la aplicación de la noción restringida de orden público, esto es, internacional, (3) la correcta división en el laudo de la porción compensatoria de la punitiva, y (4) el respeto a los límites constitucionales a los *punitive damages* (sobre todo la proporcionalidad).

Si el laudo se emite en Estados Unidos de América contra una empresa francesa y bajo ley francesa, y los activos de la empresa francesa se encuentran en Francia, entonces será razonable pensar que el foro de ejecución del laudo será en Francia y no en Estados Unidos de América. A pesar que el Code Civil no reconoce a los *dommages-intérêts punitifs*, en el caso *Schlenzka v. Fountaine Pajot* (2010) la Cour de cassation señaló —con ocasión de un exequátur— que los *punitive damages* no son contrarios al orden público internacional de Francia cuando la cuantía sea proporcional, esto es, cumpla con el ratio 1:1 en relación a los daños compensatorios.

Entonces, si el tribunal arbitral emite un laudo en donde delimita y distingue de manera clara la porción punitiva de la compensatoria y cumple con la proporcionalidad (ratio 1:1), entonces existen razones justificadas para creer que el laudo punitivo emitido por los árbitros en Estados Unidos de América será susceptible de ejecución en Francia aunque el Code Civil no reconozca a los *punitive damages*.

³⁶ Ver Paulsson, 1981, pp. 358 y ss.; Paulsson, 1983, pp. 53 y ss.; Gaillard, 2010, p. 35; González de Cossío, 2011, pp. 75 y ss.

Adicionalmente, se debe leer de manera conjunta el convenio arbitral y la cláusula de *choice-of-law*. ¿Cuál sería el sentido de pactar el poder punitivo en el convenio arbitral y pactar conjuntamente una ley sustantiva que no reconoce a los *punitive damages*? ¿Debemos partir de la premisa que las partes no sabían lo que estaban pactando o que no tenían suficiente asesoría legal? Tengamos en cuenta que en las codificaciones civiles no existe una prohibición expresa a la imposición de *punitive damages*. Lo que ocurre es que hay silencio legal. Entonces, si se pacta el poder punitivo y la cláusula de *choice-of-law* solo se limita a señalar cuál será la ley de fondo, hay que entender que el convenio arbitral modifica a la cláusula de *choice-of-law* para incluir como materia arbitrable a los *punitive damages* (Gotanda, 1997, p. 91).

Como indicó la U.S. Supreme Court en el conocido caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth* (1985), en donde se discutió sobre *punitive damages* conforme a RICO: «*To be sure, the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular States; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates. The tribunal, however, is bound to effectuate the intentions of the parties*» (Lew, Mistelis & Kröll, 2003, p. 203; Frick, 2001, p. 50).

Por su parte, como indicó Lord Justice Waller en el caso inglés *Halpern v. Halpern* (2007): «*Thus, if parties wish some form of rules or law not of a country to apply to their contract, then it is open to them to so agree, provided there is an arbitration clause [...] The court would give effect to the parties' agreement in that way*» (Bamodu, 2015, p. 238).

En este segundo escenario los árbitros sí tienen poder para imponer *punitive damages* y deciden ejercerlo después de haber concluido y haberse asegurado que el laudo que emitirán será susceptible de ejecución internacionalmente. Esta es la postura que debe optarse, no la del primer supuesto.

El tercer supuesto es aquel en donde los árbitros tienen poder para otorgar *punitive damages* y las partes pactaron como ley aplicable (*choice-of-law*) una que los reconoce (por ejemplo, Nueva York³⁷). En principio, no debería haber mayor obstáculo a la imposición de *punitive damages* si las partes pactaron el poder punitivo en el convenio arbitral. Sin embargo, el análisis hasta acá

³⁷ Recordemos que la prohibición en Nueva York conforme a Garrity es respecto al derecho arbitral y no respecto al sustantivo, pues los jueces sí pueden imponer *punitive damages*.

realizado se ha enfocado solo en el convenio arbitral y la cláusula de *choice-of-law*. Si a ello le agregamos los efectos de puede tener la sede del arbitraje, podríamos tener algún inconveniente.

En principio, la sede del arbitraje es solo un lugar físico en donde se realizará el arbitraje. Una controversia arbitral puede estar sometida al derecho sustantivo de Nueva York —entre una parte francesa y una americana— y solo por temas de comodidad y gusto eligen a Ginebra (Suiza), porque los altos directivos aman dicha ciudad. Dentro de este escenario Suiza es solo el salón del hotel donde se realizarán las audiencias arbitrales (Lew, Mistelis & Kröll, 2003, p. 64).

Sin embargo, en el derecho internacional existe una excepción a la aplicación de la cláusula de *choice-of-law* que consiste en impedir aplicar el derecho sustantivo elegido si ella vulneraría el orden público de la sede del arbitraje³⁸. En nuestro ejemplo, Suiza no tiene vinculación alguna con la controversia arbitral, sin embargo, si los árbitros son cautelosos y optan por la posición conservadora, podrían cohibirse y decidir por no imponer *punitive damages* porque el laudo se emitiría en Suiza y el derecho sustantivo de este país no los reconoce. Los árbitros son muy cautelosos y prefieren no emitir un laudo que posteriormente sea sujeto a anulación por las cortes suizas en razones de orden público (Mourre, 2009, pp. 225-226).

En efecto, esto fue lo que ocurrió en el conocido laudo ICC 5946 de 1990, en donde los árbitros, a pesar de que la ley del fondo permitía otorgar *punitive damages*, decidieron cohibirse y no ejercer su poder punitivo porque la sede era Suiza y los *punitive damages* vulnerarían el orden público de Suiza (Mohtashami, Holland & El-Hosseney, 2017, pp. 30-31; Zarra, 2016, p. 985).

Si partimos de la premisa que indica que estamos ante un arbitraje a nivel internacional y sometido a reglas de estándar internacional, entonces no tiene sentido que la sede del arbitraje pueda intimidar a los árbitros a ejercer los poderes conferidos por las partes o, en otras palabras, a incumplir los términos y condiciones del convenio arbitral. Laudos como el ICC 5946 no

³⁸ Ver Vanleenhove, 2016, pp. 73 y ss. Por otro lado, el artículo 21 del Rome I Regulation y el artículo 26 de Rome II Regulation, contienen la misma redacción cuando regulan a la excepción del orden público: «*The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum*».

deben repetirse. Explica Paulsson que «[...] *the obligatory force of an arbitral award need not necessarily be derived from the law of the place where the award happened to be rendered*» (1983, p. 53).

La regla para los árbitros internacionales es que la sede es solo un lugar físico y que un concepto tan discrecional como el orden público no puede intimidarlos de cumplir con lo pactado en el convenio arbitral. No existe una *lex fori* que deba cumplirse en el arbitraje internacional (Frick, 2001, p. 50), en consecuencia, estamos ante un *forum-less arbitration*³⁹.

El árbitro internacional se encuentra en una posición distinta a la de un juez que debe solucionar una controversia nacional. El juez peruano resuelve controversias que surgen en el Perú. Por otro lado, un árbitro internacional —y de nacionalidad peruana— puede resolver cualquier tipo de controversia internacional que sea sometida a su competencia por pacto de las partes litigantes, sin importar cuál sean sus nacionalidades. Por ello, los árbitros internacionales no tienen una sede ni un derecho sustantivo estatal en sentido estricto (Frick, 2001, p. 49). Entonces, entiéndase que su principal guía es lo pactado por las partes en el convenio arbitral.

Precisamente, debido a esta desvinculación, en el arbitraje internacional se suele aplicar un derecho no estatal (Moreno, 2013, pp. 383 y ss.), lo cual no es típico de controversias nacionales. Los Principios Unidroit, la Convención de Nueva York, la Ley Modelo UNCITRAL, son algunos ejemplos de derecho no estatal aplicable a las controversias arbitrales internacionales.

Asimismo, un árbitro internacional no debe someterse a las normas legales de *conflicts of law* del país de la sede, sobre todo si la elección de la sede fue pensada solo como un lugar físico. Dado que las leyes de *conflicts of law* difieren de país en país, son los árbitros los que deben decidir cuál será el derecho aplicable ante falta de pacto. Por ejemplo, el artículo VII (1) de la European Convention on International Commercial Arbitration señala que:

³⁹ Gaillard, 1999, p. 18: «[...] *the seat of arbitration is chosen for little more than the sake of convenience. Arbitral tribunals need not operate like the national courts of a particular state simply because they have their seat there. Arbitrators do not derive their powers from the state in which they have their seat but rather from the sum of all the legal orders that recognize, under certain conditions, the validity of the arbitration agreement and the award. This is why it is often said that arbitrators have no forum*»; Nygh, 1999, p. 228: «*It follows from the above that the mandatory rules of the place of arbitration cannot have any binding application as such in an arbitration which does not owe its existence or authority to the law of the place, and whose courts cannot, or are not likely to, intervene*».

The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages.

El cuarto supuesto es aquel en donde los árbitros tienen el poder para otorgar *punitive damages*, la ley sustantiva los reconoce, y la sede del arbitraje deviene en irrelevante. Entonces, los árbitros proceden a imponerlos. Este cuarto supuesto, y a diferencia al supuesto anterior, puede presentarse si los árbitros (a) consideran irrelevante la sede del arbitraje a pesar que el derecho sustantivo de la sede no reconoce a los *punitive damages*, o (b) si el derecho sustantivo de la sede del arbitraje sí los reconoce, con lo cual no habría mayor discusión.

Nuevamente, los árbitros deben realizar los análisis y actos necesarios para asegurarse que emitirán un laudo susceptible de ejecución en sede internacional.

Estos fueron los cuatro escenarios *ex ante* en donde los árbitros deciden si, teniendo el poder punitivo, lo ejercen para otorgar *punitive damages*. Ahora en los dos supuestos restantes partimos de la premisa que los árbitros emitieron un laudo punitivo. Lo que toca evaluar es cómo las cortes nacionales podrían intervenir para anular o ejecutar/rechazar el laudo punitivo.

El quinto supuesto es aquel en donde habiéndose emitido un laudo punitivo, la parte perdedora solicita la anulación del laudo. Si se trata de un laudo punitivo, en Estados Unidos de América se suele invocar el exceso del árbitro en el ejercicio de sus poderes (*exceeded their powers*), conforme al 9 U.S.C. Sect. 10(a)4 del FAA⁴⁰. Mientras que en jurisdicciones del civil law, en teoría las causales que podrían alegarse serían arbitrabilidad, vulneración a los términos del convenio arbitral y orden público. En la práctica, sin embargo, la causal que se invoca es la del orden público —en este caso— doméstico o internacional dependiendo de lo que señale la ley arbitral o procesal nacional.

En este caso estamos ante las cortes nacionales de la sede del arbitraje que alegan su orden público como causal para anular el laudo punitivo emitido

⁴⁰ (a) *In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.*

por el tribunal arbitral. El estándar del orden público que se usará dependerá de lo que señala la ley arbitral o procesal de la sede. Lo contrario ocurre cuando se trata de la ejecución de laudos extranjeros. En estos casos, y por aplicación de la Convención de Nueva York, las cortes nacionales no pueden usar la noción doméstica de orden público sino la internacional.

Tenemos dos escenarios posibles: (1) se confirma el laudo, o (2) se anula el laudo. Si el laudo se confirma, el ganador podrá proceder con su ejecución en la sede que más le convenga (seguramente donde están los activos del demandado). Por el contrario, si el laudo se anula, esto no quiere decir que la historia haya terminado.

En virtud de la internacionalidad del arbitraje y su delocalización —y a pesar de las ya conocidas críticas frente a la posibilidad de que una segunda corte de un país revise el laudo ya anulado por una primera corte de un país distinto⁴¹— se ha admitido la ejecución de laudos anulados, pues estos no se consideran muertos ni tienen efectos *erga omnes*⁴². Como se indicó en el caso Hilmarton «*the [first] award rendered in Switzerland is an international award which is not integrated in the legal system of that State, so that it remains in existence even if set aside and its recognition in France is not contrary to international public policy*» (Polkinghorne, 2008, p. 1).

Se han reportado ocho casos de ejecución de laudos anulados, destacando las cortes francesas por ser una jurisdicción amigable (Gaillard, 1999, p. 19): Société Pablak Ticaret Limited Sirketi v. Norsolor S.A. (1984); Société Hilmarton Ltd. v. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV) (1994); Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt (1996); Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi

⁴¹ Ver Martínez Fraga, 2008, p. 229: «*The problem is simple. Does the Convention's regime contemplate having a court in the secondary state sit in judgment of a tribunal in the primary state to determine whether the tribunal in the primary state properly applied its own substantive law in vacating or otherwise suspending an arbitration award, the rendition of which, by the arbitral tribunal, comports with the substantive law of the secondary state? Is this philosophical normative basis to be taken seriously, and if so, how? Are tribunals in the secondary state where enforcement is sought best placed to sit in judgment of the legal analysis underlying the vacatur of an arbitration award by the primary state? Would investing secondary states with the ability to sit in judgment of vacatur proceedings undertaken by the primary state provide the non-prevailing party with an incentive to apply to multiple secondary signatory states for confirmation of the award vacated in the primary states?*»; Jan van den Berg, 1998, p. 15; Paulsson, 1998, pp. 17 y ss.; Cantuarias, 2003, pp. 602-603.

⁴² Ver Paulsson, 1983, p. 59.

Negara (2004); Société PT Putrabali Adyamulia v Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices (2007); Yulos Capital S.A.R.L. v. Oao Rosneft (2009); y Juan Jose Castillo Bozo v. Leopoldo Castillo Bozo y Gabriel Castillo Bozo (2013)⁴³.

También se han reportado casos en donde se ha rechazado la ejecución de laudos anulados: Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd. y Chevron Corp. Inc. (1999); Termorio S.A. E.S.P. y LeaseCo Group LLC v. Electranta S.P. (2007)⁴⁴; Martin I. Spier v. Calzaturificio Técnica S.p.A. (1999)⁴⁵; así como, EDF International S.A. v. Endesa Latinoamérica S.A. y YPF S.A. (2009), en donde el laudo anulado buscó ejecución en Brasil y Chile, pero fue rechazada en ambas jurisdicciones⁴⁶.

Recordemos que el artículo V de la Convención de Nueva York tiene el famoso *may* (podrá) en su primer párrafo⁴⁷, de manera que las cortes de ejecución no están obligadas a rechazar los laudos extranjeros en virtud de las causales del artículo V; por el contrario, tienen la opción de elegir entre rechazar o ejecutar (Goode, 2001, p. 22; Paulsson, 1983, p. 60; Park, 1984, p. 1790). Entonces, respecto a laudos anulados, las cortes de ejecución tienen la discreción de no aplicar la causal del artículo V(1)(e)⁴⁸ y decidir por ejecutar laudos anulados. Además, se debe considerar la posición pro arbitraje del artículo VII de la Convención de Nueva York respecto a la ejecución de los laudos⁴⁹.

Si el laudo es anulado por las cortes de la sede por cuestiones de orden público —sobre todo nacional— el demandante ganador podría llevar su laudo anulado y solicitar la ejecución del mismo en otra sede, cuyas cortes solo

⁴³ Ver González de Cossío, 2014, pp. 123 y ss.

⁴⁴ Ver Martínez Fraga, 2008, p. 229.

⁴⁵ Jan van den Berg, 2007, p. 15.

⁴⁶ Ver Cantuarias & Repetto, 2017, pp. 214-215.

⁴⁷ 1. *Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that [...].*

⁴⁸ (e) *The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.*

⁴⁹ «1. *The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon*». Ver Paulsson, 1998, pp. 15 y 28; Mantilla-Serrano, 2009, pp. 21.

podrán alegar el orden público internacional. Se trata de un laudo flotante (*floating awards*) (Gaillard, 1999, p. 40).

Pensemos nuevamente en el caso del laudo ICC 5946. Supongamos que los árbitros no se cohibieron y ejercieron su poder punitivo, pero posteriormente la perdedora solicita la anulación ante las cortes suizas y estas —efectivamente— anulan el laudo alegando la causal del orden público nacional. Los demandantes americanos podrían ir a Francia, la sede del demandado y una jurisdicción amigable en favor en ejecutar laudos extranjeros, y solicitar la ejecución del laudo anulado.

Las cortes francesas podrían considerar que no existen razones para rechazar el laudo punitivo en virtud del orden público internacional, y así cuestionar lo resuelto por las cortes suizas. Dada las circunstancias particulares del caso en concreto, en donde Suiza no tenía mayor vinculación con el arbitraje, las cortes suizas no tenían legitimidad para interponer su orden público para entorpecer el desarrollo del arbitraje internacional.

Finalmente, el sexto supuesto es aquel en donde no se cuestionó el laudo o de haberse planteado su nulidad, la corte nacional confirmó el laudo. No habiendo mayor cuestionamiento al laudo en la sede del arbitraje, procede la ejecución del mismo.

El demandante ganador tiene el derecho a solicitar la ejecución de su laudo en una sede extranjera en virtud de la Convención de Nueva York. La corte de la ejecución podrá elegir entre aceptar o rechazar el laudo extranjero. Si decide por rechazarla, lo hará por cuestiones de orden público. Sin embargo, a diferencia de la corte de la sede del arbitraje que ve la anulación, la corte de ejecución solo podría rechazar el laudo extranjero si contraviene el orden público internacional. Como hemos indicado, estos rechazos en sede arbitral son muy raros.

A ello debemos agregar el nuevo escenario en la jurisprudencia del derecho internacional privado respecto al exequátur de sentencias americanas punitivas. Suiza, Grecia, España, Francia e Italia se han pronunciado en favor de la compatibilidad de los *punitive damages* con sus respectivas nociones de orden público (nacional en unos casos, internacional en otros).

Si ya una corte europea se pronunció en favor de los *punitive damages*, esto genera una fuerte presunción en favor de la ejecutabilidad internacional de

un laudo punitivo. Si ya una corte europea señaló que son compatibles con el orden público doméstico, en teoría otra corte del mismo país no debería rechazarlos en virtud de la noción —más restrictiva— de orden público internacional.

Este nuevo escenario debería evitar que los árbitros, en una controversia internacional, se cohíban de otorgar *punitive damages* cuando ya existe una fuerte tendencia en considerar que los mismos son compatibles con el orden público europeo a pesar de no estar expresamente reconocidos en las codificaciones civiles europeas.

6. ¿PUNITIVE DAMAGES EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN?

La lógica del arbitraje internacional cambia cuando estamos ante arbitrajes de inversión. En un arbitraje comercial internacional rige finalmente el derecho privado. Pero cuando estamos ante un arbitraje de inversión aplica el derecho internacional público y, este, no ve con buenos ojos a los *punitive damages* (Jagusch & Sebastian, 2013, p. 58). En efecto, existe un expreso rechazo frente a la posibilidad de imponer este tipo de sanción privada (Ripinsky & Williams, 2008, pp. 116-117). Afirma Wittich que «*penal remedies against States would be contrary to the principle of sovereign equality*» (2010, p. 668).

Sin embargo, la función punitiva siempre encuentra la manera de entrar por la ventada cuando no le permiten el ingreso por la puerta principal, y esto —como suele ser usual— ha sido posible por medio del daño moral. Si bien en el derecho internacional público no se admite a los *punitive damages*, sí se acepta la imposición de *moral damages*, inspirados en la noción francesa de *dommage moral* o *préjudice moral*. En teoría, se entiende que el daño moral es compensatorio y no punitivo.

El Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001) es muestra de ello. El artículo 31 Reparation, señala que: «1. *The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act. 2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State*».

El artículo 34 Forms of Reparation señala que: «*Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution,*

compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter».

Finalmente, el artículo 36 Compensation señala que: «1. *The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution».* Para aclarar las disposiciones citadas, el comentario 4 al artículo 36 es claro al señalar que «[...] *the function of article 36 is purely compensatory, as its title indicates [...] It is not concerned to punish the responsible State, nor does compensation have an expressive or exemplary character».*

También es importante notar que el comentario 10 al artículo 2 señala que:

A related question is whether fault constitutes a necessary element of the internationally wrongful act of a State. This is certainly not the case if by «fault» one understands the existence, for example, of an intention to harm. In the absence of any specific requirement of a mental element in terms of the primary obligation, it is only the act of a State that matters, independently of any intention.

Por su parte, otra muestra del expreso rechazo por la sanción privada se encuentra en el artículo 34(3) del 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, el cual señala expresamente que «*a tribunal may not award punitive damages».* De igual manera, el artículo 1135(3) del NAFTA indica que «*a Tribunal may not order a Party to pay punitive damages».*

Sin embargo, y a pesar del expreso rechazo, la función punitiva se ha hecho presente. El daño moral es compensatorio en teoría y según las leyes, pero cuando la misma es aplicada por las cortes o tribunales, estos suelen inflar la cuantía para otorgar al demandante un monto por encima de los daños y perjuicios. Y sobre todo, cuando otorgan dicho monto, pueden cometer el desliz de sustentar por qué otorgan *moral damages* como si estuvieran otorgando *punitive damages*.

Al respecto, es conocido y altamente comentado el caso Desert Line v. Yemen (2008), en donde se otorgó USD 1 millón por daño moral, pero cuando uno lee la justificación, es evidente la función punitiva que se encuentra detrás de ella:

[T]he physical duress exerted upon the executives of the Claimant, was malicious and therefore constitutes fault based-liability. Therefore, the Respondent shall be liable to reparation for injury suffered by the Claimant, whether it be bodily, moral or material in nature. The Arbitral Tribunal agrees with the Claimant that its prejudice was substantial since it affected the physical health of the Claimant's executive and Claimant's credit and reputation. [...]. The Arbitral Tribunal considers that, based on the information at hand and general principles, an amount of USDs 1,000,000 should be granted for moral damages, including loss of reputation (Gotanda, 2009, p. 557).

Como explica Gotanda:

On its face, this award appears compensatory in nature; that is, it compensates Desert Line for loss of reputation and for other harm to the company that flowed from injury to its executive. However, because the tribunal emphasized the «malicious» nature of the respondent's conduct as its justification, the award raises a red flag (2009, p. 557).

Por su parte, tal como afirman Mohtashami, Holland & El-Hosseny: «*The tribunal's focus on the state's fault begs the question as to whether the tribunal was seeking not only to compensate the claimant but also to reprimand the state*» (2017, p. 36).

Si bien los *moral damages* podrían ser considerados como el caballo de Troya para el ingreso clandestino de los *punitive damages* en arbitrajes de inversión, los *moral damages* solo se admiten en situaciones excepcionales. En efecto, el caso Lemire v. Ukraine (2010) impuso un test para el otorgamiento de los *moral damages*:

The conclusion which can be drawn from the above case law is that, as a general rule, moral damages are not available to a party injured by the wrongful acts of a State, but that moral damages can be awarded in exceptional cases, provided that:

- *The State's actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act;*
- *the State's actions cause a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position; and*
- *both cause and effect are grave or substantial (Laird, 2011, p. 180).*

Al interponerse un estándar alto para el otorgamiento de *moral damages* —y teniendo en cuenta que los *punitive damages* no son abiertamente aceptados— se podría considerar que la función punitiva, de presentarse, será verdaderamente excepcional en los arbitrajes de inversión.

Sin perjuicio del test propuesto en Lemire, en un caso posterior, se ha vuelto a reconfirmar la función punitiva de los *moral damages*. En Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe (2015), el tribunal arbitral se mostró conforme con lo señalado en Desert Line y señaló que el daño moral «[...] serves not only the function of repairing intangible harm, but also of condemning the actions of the offending State»⁵⁰. Según Mohtashami, Holland & El-Hosseny, «Thus the tribunal considered that moral damages could be deployed as a punitive measure» (2017, pp. 37).

Mientras que en el arbitraje comercial internacional se puede apreciar un terreno fértil para la imposición de *punitive damages* en virtud de la autonomía privada y la delocalización del arbitraje, la historia parece ser distinta en el arbitraje de inversión. Pero tengamos en cuenta que la historia aún no ha terminado. Quedará pendiente realizar un estudio más profundo sobre los *punitive damages* en el arbitraje de inversión para conocer el verdadero y completo estado actual, y así poder pronosticar qué es lo que podría venir en el futuro.

7. REFLEXIONES FINALES

La historia de los *punitive damages* es fascinante. Al principio se pensaba que la función punitiva no tenía ninguna oportunidad de echar raíces en el *civil law*. La doctrina se mostraba reacia. No había jurisprudencia al respecto y las codificaciones civiles no la reconocían.

A pesar de ello, las cortes europeas empezaron a ejecutar en sus jurisdicciones sentencias americanas punitivas vía exequátur, a pesar de que ellos mismos no podían otorgar *punitive damages* en sus propias jurisdicciones.

Pero la discusión no solo se quedó en el ámbito judicial. Los americanos empezaron a discutir sobre el poder punitivo de los árbitros. En Mastrobuono se consideró que los árbitros tienen poder punitivo salvo pacto en contra. Si bien se trató de una controversia arbitral nacional, su impacto en el ámbito

⁵⁰ Award ICSID case ARB/10/15, 917.

internacional no se hizo esperar. Mastrobuono abrió la puerta para que los árbitros impongan *punitive damages* en el arbitraje comercial internacional incluso si los mismos no se encuentran reconocidos en el derecho sustantivo aplicable.

Pero la historia sigue su camino. En arbitrajes de inversiones, a pesar del rechazo expreso a los *punitive damages* conforme al derecho internacional público, la jurisprudencia ha reconocido la función punitiva del daño moral. Si bien en teoría el daño moral debe compensar, en la práctica el daño moral suele ser el disfraz utilizado por los *punitive damages* para presentarse en la fiesta arbitral.

Aún queda mucho por discutir sobre los *punitive damages* en el arbitraje internacional, comercial y de inversiones. Por el momento, si algo debe quedar claro, es que son parte del arbitraje internacional y que los laudos punitivos son una realidad en la actualidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarez Lata, N. (2018). Are Punitive Damages Incompatible with the Spanish Legal System? *European Review of Private Law*, 5, 697-702.
- Alvik, I. (2011). *Contracting with Sovereignty. State Contracts and International Arbitration*. UK: Hart Publishing.
- Alvik, I. (2013). Arbitration in Long-Term International Petroleum Contracts: The «Internationalization» of the applicable law. En Karl P. Sauvant (ed). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012* (pp. 387-418). Oxford: Oxford University Press.
- Bamodu, O. (2015). The Rome I Regulation and the Relevance of non-State law. En Peter Stone & Youseph Farah (eds.). *Research Handbook on EU Private International Law* (pp. 221-247). Edward Cheltenham: Edward Elgar.
- Barrett, J.M. (1996). Federal Arbitration Policy after Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc. *Willamette Law Review*, 32(2), 517-540.
- Benatti, F. (2008). *Correggere e Punire dalla Law of Torts All'Inadempimento del Contratto*. Milano: Giuffrè.
- Benatti, F. (2017). Benvenuti Danni Punitivi... O Forse No! *Banca Borsa Titoli di Credito*, LXXIX (5), 568-585.

- Berglin, H. (1986). The Application in United States Courts of the Public Policy Provision of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *Dickinson Journal of International Law*, 4(2), 167-184.
- Bernet, M. & N.C. Ulmer (1994). Recognition and Enforcement in Switzerland of US Judgments Containing an Award of Punitive Damages. *International Business Lawyer*, 22(6), 272-275.
- Beucher, K.J. & J.B. Sandage (1991). United States Punitive Damages Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 23(5), 967-991.
- Blum, D.C. (1995). Punitive Power: Securities Arbitrators Need It. *Nova Law Review*, 19(3), 1063-1082.
- Borghetti, J.S.F. (2011). En B. Winiger, H. Koziol, B.A. Koch, R. Zimmermann (eds.). *Digest of European Tort Law. Volume 2: Essential Cases on Damages* (pp. 24-26). Berlin: De Gruyter.
- Born, G. (1995). Punitive Damages Awards under New York Law after Mastrobuono. *ASA Bulletin*, 13(3), 394-398.
- Born, G. (2009). *International Commercial Arbitration. Volume 1*. New York: Wolters Kluwer.
- Born, G. (2011). *International Arbitration. Cases and Materials*. New York: Wolters Kluwer.
- Boyarsky, S.M. (2006). The Confirmation of Punitive Damages Awards in Arbitration: Did Due Process Disappear? *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 6(2), 229-252.
- Brand, R.A. (2005a). Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far. *Journal of Law and Commerce*, 24(2), 181-196.
- Brand, R.A. (2005b). The 1999 Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction and Judgments: A view from the United States. En F. Pocar & C. Honorati (eds.). *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments* (pp. 3-40). Milán: Cedam.
- Brodsky, J.M. (2012). Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. *Lecciones y Ensayos*, 90, 277-298.
- Bullard González, A. (2013). No cometerás actos impuros: el orden público y el control judicial del laudo arbitral. *Thémis. Revista de Derecho*, 63, 185-200.
- Burrows, A. (2011). *The Law of Restitution*. Third edition. Oxford: Oxford University Press.

- Burrows, V.K. (2007). Constitutional Limits on Punitive Damages Awards: An Analysis of the Supreme Court Case *Philip Morris USA v. Williams*. *Congressional Research Service, CRS*. Report for Congress, 1-20.
- Büyüksagis, E.; Ebert, I.; Fairgrieve, D.; Meurkens, R.C. & F. Quarta (2016). Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism. *European Business Law Journal*, 27(1), 137-157.
- Campbell, D. & D. Popat (1994). Enforcing American Money Judgments in the United Kingdom and Germany. *Southern Illinois University Law Journal*, 18, 517-548.
- Campos García, H. (2018). Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los Punitive damages a la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales por los Plenos Jurisdiccionales Supremos. *VII Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 1-34.
- Cantuarias, F. (2003). Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje. *Revista Derecho PUCP*, 56, 583-613.
- Cantuarias, F. & J.L. Repetto Deville (2017). Aplicación de la Convención de Nueva York por las cortes Latinoamericanas. *Ius et veritas*, 55, 198-222.
- Carbonneau, T.E. (2008). The Revolution in Law through Arbitration. *Cleveland State Law Review*, 56(2), 233-270.
- Carbonneau, T.E. (2011). The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements. En *Carbonneau on International Arbitration: Collected Essays* (pp. 417-466). New York: Juris.
- Casazza, P.E. (2002). Nevada's *Mastrobuono*: How the 2011 Legislature threw another Wrench into de Punitive Damages Machine of Arbitration Law. *Drake Law Review*, 51(1), 189-212.
- Choi, S.J. & T. Eisenberg (2010). Punitive Damages in Securities Arbitration: An Empirical Study. *Journal of Legal Studies*, 39(2), 497-546.
- Cleary, J.P. (1996-1997). Filling *Mastrobuono's* Order: The NASD Arbitration Policy Task Force ensures the Enforceability of Punitive Damages Awards in Securities Arbitration. *Business Lawyer (ABA)*, 52(1), 199-223.
- Coppo, L. (2017). The Grand Chamber's Stand on the Punitive Damages Dilemma. *The Italian Law Journal*, 3(2), 593-621.
- Cordero Álvarez, C.I. (2013). Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos. *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, 21, 241-278.

- Craig, W.L. Park, W.W. & J. Paulsson (1990). *International Chamber of Commerce Arbitration*. New York: ICC Publishing.
- Curtin, K.M. (1997). Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws. *Defense Counsel Journal*, 271-284.
- D'Alessandro, E. (2018). Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos. *Revista de Derecho Privado*, 34, 313-326.
- De Bruyne, J & C. Vanleenhove (2017). From down under all the way to the European Union. A Comparative Legal Analysis of the Enforcement of Australian Exemplary Damages in the EU. *University of Western Australia Law Review*, 42(1), 166-205.
- Del Prato, E. (2018). Los poderes innominados de los árbitros. *Derecho PUCP*, 80, 161-186.
- Dolinger, J. (1982). World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflicts of Laws. *Texas International Law Journal*, 17(2), 167-193.
- Efron, D.J. (1995). Muddied Waters: Awards of Punitive Damages in Disputes Arbitrated pursuant to Brokerage Firm Customer Agreements. *DePaul Business Law Journal*, 7(2), 333-350.
- Espinoza Espinoza, J. (2017). Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 52, 13-22.
- Farnsworth, E. A. (1991). Punitive Damages in Arbitration. *Stetson Law Review*, 20(2), 395-410.
- Fauvarque-Cosson, B. & D. Mazeaud (2006). L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription. *Uniform Law Review*, 11(1), 103-134.
- Ferrante, A. (2008). Una aproximación al Avant-Projet Catala y a la nueva responsabilidad civil en el Derecho francés. *InDret*, 1, 1-29.
- Ferrari, F. (2013). Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context: Setting the Stage. En Franco Ferrari (ed). *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*. New York: Sellier European Law Publisher.
- Frick, J.G. (2001). *Arbitration and Complex International Contracts*. The Hague: Kluwer Law International.
- Friedland, P.D. (2007). *Arbitration Clauses for International Contracts*. 2da edition. New York: JurisNet.

- Friedman, L.M. (2016). *Impact. How Law Affects Behavior*. Cambridge: Harvard University Press.
- Gaillard, E. (1999). The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin. En *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 14(1), 16-45.
- Gaillard, E. (2010). *Legal Theory of International Arbitration*. Paris: Martinus Nijhoff Publishers.
- Georgiades, G. (2005). Punitive Damages in Europe and the USA: Doctrinal Differences and Practical Convergences. *RHDI*, 58, 145-163.
- Ghodoosi, F. (2016). The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements. *Nebraska Law Review*, 94(3), 685-736.
- González de Cossío, F. (2011). *Arbitraje*. Tercera edición. México: Editorial Porrúa.
- González de Cossío, F. (2014). Ejecución de laudos anulados: Hacia un estándar analítico uniforme. *Revista Arbitraje PUCP*, 4, 123-131.
- Goode, R. (2001). The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration. *Arbitration International*, 17(1), 19-39.
- Gotanda, J.Y. (1997). Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of «Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc». *Harvard International Law Journal*, 1, 59-112.
- Gotanda, J.Y. (2007). Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing? *Columbia Journal of Transnational Law*, 4, 507-528.
- Gotanda, J.Y. (2009). The Unpredictability Paradox: Punitive Damages and Interest in International Arbitration. *Journal of World Investment & Trade*, 10(4), 553-571.
- Gray, A. (2009). Enforcement of Punitive Damages Awards in the Convention on Choice of Court Agreements. *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 17(1), 105-156.
- Greenhouse, L. (1995). Court Backs Investors on Damage Awards. *The New York Times*.
- Grube, E.J. (1993). Punitive damages: A Misplaced Remedy. *Southern California Law Review*, 66(2), 839-880.
- Hunter, M. & G. Conde e Silva (2003). Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitration. *The Journal of World Investment*, 4(3), 367-378.
- Hurd, S.N. & F.E. Zollers (1994). State Punitive Damages Statutes: A Proposed Alternative. *Journal of Legislation*, 20(2), 191-212.

- Jagusch, S. & T. Sebastian (2013). Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing? *Arbitration International*, 29(1), 45-62.
- Jan van den Berg, A. (1998). Enforcement of Annulled Awards? *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 9(2), 15-21.
- Jan van den Berg, A. (2007). New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 18(2), 1-35.
- Jia Fei, J.; McDonald, D. & E. Bai (2013). Awards of Punitive Damages. En D. Bray & H.L. Bray (eds.). *Post-Hearing Issues in International Arbitration* (pp. 49-76). New York: Juris.
- Jones, G.W. (1987). Awarding Punitive Damages by Arbitration. *The Construction Lawyer*, 7(3), 21-24.
- Jones, I.R. III (1995). Exemplary Awards in Security Arbitration: Short-Circuited Rights to Punitive damages. «Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.». *Journal of Dispute Resolution*, 1995(1), 129-154.
- Klaben, M.J. (1994). Split-Recovery Statutes: The Interplay of the Takings and Excessive Fines Clauses. *Cornell Law Review*, 80(1), 104-157.
- Kopp, A. (2004). Securities Arbitration Awards of Punitive Damages: Protective or Expansive Steps for Review. «Sawtelle v. Waddell & (and) Reed, Inc.». *Journal of Dispute Resolution*, 2004(1), 289-302.
- Koziol, H. (2008). Punitive Damages. A European Perspective. *Louisiana Law Review*, 68(3), 741-764.
- Kreindler, Ri.H. (2005). Arbitral Forum Shopping. En B.M. Cremades y J.D.M. Lew (eds.). *Parallel State and Arbitral. Procedures in International Arbitration*. Paris: ICC Publishing.
- Laird, J.R. (2011). Moral Damages and the Punitive Question in ICSID Arbitration. *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*, 26(2), 171-183.
- Lansing, P. & J.D. Bailey (1996). The Future of Punitive Damages in Securities Arbitration Cases after Mastrobuono. *DePaul Business Law Journal*, 8(2), 201-226.
- Lew, J.D.M.; Mistelis, L.A. & S.M. Kröll (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer International Law.
- Licari, F. (2010). Prendre les punitive damages au sérieux: propos critiques sur un refus d'accorder l'exequatur à une décision californienne ayant alloué des dommages-intérêts punitifs. *Journal du Droit International*, 137, 1230-1263.

- Lu, M. (2006). The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 23(3), 747-785.
- Magnus, U. (2010). Why is US Tort Law so Different? *Journal of European Tort Law*, 1(1), 102-124.
- Mantilla-Serrano, F. (2009). Algunos apuntes sobre la ejecución de laudos anulados y la Convención de Nueva York. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, 15-40.
- Marinuzzi, L. (2010). Punitive Damages in Arbitration: The Debate Continues. En *American Bar Association. Handbook of Commercial Arbitration*. Second edition (pp. 509-524). New York: Juris.
- Martínez Fraga, P.J. (2008). *International Commercial Arbitration. United States doctrinal developments and American style discovery*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- McLaughlin, J.T. & L. Genevro (1986). Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention. Practice in U.S. Courts. *International Tax & Business Lawyer*, 3(2), 249-272.
- Meurkens, L. (2018). «Axo v. Nosa» from a Dutch Perspective. *European Review of Private Law*, 5, 681-689.
- Meurkens, R.C. (2014). Punitive Damages. *The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*. Deventer: Wolters Kluwer Business.
- Mitchell, I.D. & R.A. Bales (2012). Conception and Preemption under the Federal Arbitration Act. *Yearbook on Arbitration and Mediation, In Memory of Professor Hans Smit*, 4, 9-38.
- Mohtashami, R.; Holland, R. & F. El-Hosseny (2016). Non-Compensatory Damages in Civil Law and Common Law Jurisdiction. Requirements and Underlying Principles. *Global Arbitration Review*.
- Mohtashami, R.; Holland, R. & F. El-Hosseny (2017). Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions. Requirements and Underlying Principles. En John A. Trenor (ed). *The Guide to Damages in International Arbitration*. Second edition (pp. 22-38). UK: Law Business Research.
- Moisá, B. (2008). Los llamados «daños punitivos» en la reforma a la ley 24.240. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 10(8), 269-284.
- Moreno Rodríguez, J.A. (2013). *Derecho Aplicable y Arbitraje Internacional*. Lima: Caballero Bustamante.

- Mourre, A. (2009). Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability, and Duties of the Arbitral Tribunal. En Loukas A.M. & S.L. Brekoulakis (eds.). *Arbitrability. International and Comparative Perspectives* (pp. 207-238). Netherlands: Wolters Kluwer.
- Mundheim, P.M. (1995). The Desirability of Punitive Damages in Securities Arbitration: Challenges Facing the Industry Regulators in the Wake of Mastrobuono. *University of Pennsylvania Law Review*, 144(1), 197-242.
- Nagy, C.I. (2012). Recognition and Enforcement of US Judgments Involving Punitive Damages in Continental Europe. *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 30(1), 4-11.
- Nigel, B.; Partasides QC, C.; Redfern, A. & M. Hunter (2015). *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Sixth edition. Oxford: Oxford University Press.
- Noussia, K. (2010). Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse? *Journal of International Arbitration*, 27(3), 277-294.
- Nygh, P. (1999). *Autonomy in International Contracts*. New York: Clarendon Press.
- Offenkrantz, R.J. (1997). Arbitrating RICO: Ten Years After *McMahon*. *Columbia Business Law Review*, 1997(1), 45-104.
- Park, W.W. (1984). Arbitration of International Contract Disputes. *Business Lawyer (ABA)*, 39(4), 1783-1800.
- Parkinson, C.F.G. (1998). A Shift in the Windfall: An Analysis of Indiana's Punitive damages Allocation Statute and the Recovery of Attorney's Fees under the Particular Service Clause. *Valparaiso University Law Review*, 32(3), 923-971.
- Paulsson, J. (1981). Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin. *International and Comparative Law Quarterly*, 30(2), 358-387.
- Paulsson, J. (1983). Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters. *International and Comparative Law Quarterly*, 32(1), 53-61.
- Paulsson, J. (1998). Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding a Local Standard Annulment (LSA). *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 9(1), 14-31.
- Pauwelyn, J. & L.E. Salles (2009). Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im) Possible Solutions. *Cornell International Law Journal*, 42(1), 77-118.
- Petsche, M. (2013). Punitive Damages in International Commercial Arbitration: A Conflict of Law Lesson. *Journal of International Arbitration*, 30(1), 31-47.

- Polinsky, A.M. & S. Shavell (1998). Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review*, 111(4), 869-962.
- Polinsky, A.M. & S. Shavell (2009). Punitive Damages. En M. Faure (ed.). *Tort Law and Economics*. Volume 1. Encyclopedia of Law and Economics. Second edition (pp. 228-244). Cheltenham: Edward Elgar.
- Polkinghorne, M. (2008). Enforcement of Anulled Awards in France: The Sting in the Tail. *White & Case*, pp. 1-6.
- Poudret, J.F. & S. Besson (2007). *Comparative Law of International Commercial Arbitration*. London: Thomson.
- Quarta, F. (2008). Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto. *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 31(2), 753-782.
- Quarta, F. (2017). Italian Corte di Cassazione 5 July 2017 no 16601. Translation. *The Italian Law Journal*, 3(2), 277-289.
- Riedel, E.M. (2016). Punitive damages. Ein Vergleich des englischen, US-amerikanischen und deutschen Rechts. *Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Universität Bremen, ZERP-Arbeitspapier 3*, 1-61.
- Ripinsky, S. & K. Williams (2008). *Damages in International Investment Arbitration*. London: British Institute of International and Comparative Law.
- Rowan, S. (2009). Comparative Observations on the Introduction of Punitive Damages in French Law. En J. Cartwright, S. Vogenauer & S. Whittaker, *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (the Avant-projet Catala)* (pp. 325-344). Portland: Hart Publishing.
- Saavedra Velazco, R.E. (2014). ¿Dónde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo *ubi remedium, ibi ius*. *Forseti*, 2, 110-131.
- Schütze, R.A. (1990). The Recognition and Enforcement of American Civil Judgments Containing Punitive Damages in the Federal Republic of Germany. *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, 11(3), 581-602.
- Shell, G.R. (1996). Federal versus State Law in the Interpretation of Contracts Containing Arbitration Clauses: Reflections on Mastrobuono. *University of Cincinnati Law Review*, 65(1), 43-74.
- Shores, Janie L. (1992). A Suggestion for Limited Tort Reform: Allocation of Punitive Damages Awards to Eliminate Windfalls. *Alabama Law Review*, 44(1), 61-142.

- Silberman, L. & M. Scherer (2013). Forum Shopping and Post-Award Judgments. En F. Ferrari (ed.). *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*. New York: Sellier European Law Publisher.
- Silverman, S.I. (1997). Punitive Damages Awards in Commercial Arbitrations: The Role of Federal Substantive Law in deriving Contractual Intent. *Commercial Law Journal*, 102(3), 306-332.
- Sloane, L.A. (1993). The Split Award Statute: A Move toward Effectuating the True Purpose of Punitive damages. *Valparaiso University Law Review*, 28(1), 473-512.
- Stevens, C.R. (1994). Split-Recovery: A Constitutional Answer to the Punitive Damages Dilemma. *Pepperdine Law Review*, 21(3), 857-908.
- Stipanowich, T.J. (1986). Punitive Damages in Arbitration: Garrity v. Lyle Stuart, Inc. Reconsidered. *Boston University Law Review*, 66(5), 953-1012.
- Stipanowich, T.J. (1997). Punitive Damages and the Consumerization of Arbitration. *Northwestern University Law Review*, 92(1), 1-68.
- Sutcliffe, J. (2012). The Award. En D.M. Kolkey, R. Chernick y B. Reeves Neal (eds.). *Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation*. Third edition (pp. 221-281). New York: Juris.
- Theofrastous, T.C. (1999). International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-localization Debate. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 31(2), 455-493.
- Thompson, P.H.; DeVaney, Do.; Camp, J.A. & William D.P. (2000). Consumer and Customer Disputes. En N.F. Atlas, S.K. Huber & E.W. Trachte-Huber (eds.). *Alternative Dispute Resolution. The Litigator's Handbook* (pp. 129-146). New York: ABA Publishing.
- Vanleenhove, C. (2015). The Use of Public Policy in the Enforcement of American Punitive Damages in the European Union. En J. De Bruyne, M. de Potter de ten Broeck & I. Van Hiel (eds.). *Policy within and through law*. Antwerpen: Maklu.
- Vanleenhove, C. (2016). *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*. Cambridge: Intersentia.
- Vanleenhove, C. (2017). Citizen's Participation through U.S. Punitive Damages: Should Europe Embrace the Concept of Punitive Damages in the Enforcement of Foreign Judgments? En N. Appermont & U. Cerulus (eds.). *Participatie van de burger in de rechtsorde. Participation du citoyen à l'ordre juridique*. Brugge: Die Keure.

- Vanleenhove, C. (2018). Punitive Damages in the Belgian Perspective. *European Review of Private Law*, 5, 674-680.
- Wegen, G. & J. Sherer (1993). Recognition and Enforcement of US Punitive Damages Judgments in Germany. A Recent Decision of the German Federal Court of Justice. *International Business Lawyer*, 21(10), 485-488.
- Williams, V. (1995). Punitive Damages in Arbitration: Mastrobuono and the need for creation of a national court of commercial appeals. *Commercial Law Journal*, 100(3), 281-319.
- Wittich, S. (2010). Punitive Damages. En J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds), *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University Press.
- Zarra, G. (2016). The Doctrine of Punitive Damages And International Arbitration. *Diritto del Commercio Internazionale*, XXX(4), 963-991.
- Zervogianni, E. (2015). Disgorgement of Profits in Greece. En E. Hondius & A. Janssen (eds.), *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World* (pp. 231-252). New York: Springer.

¿TSUNAMI DE DOCUMENTOS O SEQUÍA DE INFORMACIÓN? POSICIONES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS COMO REGLA ESTÁNDAR EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Jorge López Fung¹

1. INTRODUCCIÓN

Si una persona necesita adquirir un traje, debe decidir entre comprar un ejemplar ya hecho o solicitar uno a su medida. En el primer caso, bastará con que la persona interesada asista a una tienda, elija alguno de los modelos que sea de su gusto y pueda amoldarse a su físico para comprarlo.

En cambio, si se opta por un traje hecho a la medida, este proceso no será tan sencillo. Habrá que recurrir a un buen sastre, quien para poder confeccionar la vestimenta le pedirá elegir el diseño y tipo de tela, le tomará las medidas exactas del cuerpo y le pedirá pasar por sesiones de pruebas hasta afinar los últimos detalles.

Ciertamente, comprar un traje de tienda presupone un ahorro de tiempo y dinero, pero como suele ocurrir en la realidad, la mayoría prefiere adquirir uno hecho a la medida, pues considera que el beneficio es mayor que el costo. Entonces, ¿son el tiempo y dinero las únicas variables que definen la decisión de un cliente? Evidentemente, no.

¹ Este artículo ha sido elaborado de manera conjunta y con la importante investigación de Víctor Manuel Zacarías Azcona, quien comparte un gran interés por el arbitraje. Víctor es bachiller egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Obtuvo el primer puesto en orden de mérito de la promoción de egresados en el semestre 2017-I. Ha sido miembro del equipo de alumnos que representó a la Universidad del Pacífico en la VI Competencia Internacional de Arbitraje (Bogotá, 2013). Actualmente, es asociado del estudio León e Iparraguirre Abogados.

Al igual que el ejemplo anterior, existen situaciones en el arbitraje internacional en las que para considerar que un laudo ha sido emitido a la «medida» de lo esperado por las partes, se debe incurrir —*a priori*— en mayores costos y esfuerzos para una adecuada recolección y valoración de las pruebas.

Como sabemos, en los arbitrajes internacionales suelen discutirse aspectos de suma complejidad y tecnicidad a propósito de contratos e inversiones. En estos casos los empresarios (eventuales partes litigantes) aspiran obtener una decisión expedita, pero también justa y ejecutable luego de que se les haya concedido la oportunidad de presentar las pruebas necesarias y alegaciones correspondientes.

En un debate académico, a finales de 2017, los ponentes abordaron el tema ¿El *discovery* debería ser la regla estándar en el arbitraje internacional?² Debo reconocer que fui parte de la estrategia del equipo que defendía la postura de que el *discovery* arbitral debe permanecer como regla estándar. Luego del debate y, sobre todo, de escuchar atentamente la postura de la contraparte al respecto, surgió la idea de redactar el presente artículo con la finalidad de demostrar, no solo con información estadística, que eliminar este procedimiento como regla estándar resultaría ser una decisión contraproducente para los intereses de la comunidad arbitral.

Para que el lector pueda sacar sus propias conclusiones, es indispensable conocer la percepción que la comunidad arbitral tiene sobre el modelo actual de producción de documentos, a fin de entender sus principales preocupaciones y buscar una solución eficiente frente a sus críticas. Antes de ello, es necesario superar algunas imprecisiones terminológicas en las que constantemente incurrimos al referirnos a la etapa de producción de documentos en el arbitraje internacional, lo cual genera una seria confusión con la figura jurídica del *discovery* del derecho procesal americano que se practica en las cortes judiciales federales de los Estados Unidos de América.

² Con la finalidad de no generar confusión en el lector, es necesario aclarar que en este trabajo académico se denomina «*discovery* arbitral» a la etapa de producción de documentos en el arbitraje internacional hasta la tercera sección, en la que se desarrolla por qué no existe y se concluye que la denominación correcta es «producción de documentos». Desde esta sección, se usará el nombre que realmente le corresponde a esta figura jurídica.

2. ¿QUÉ ES EL *DISCOVERY*?³

El *discovery* es un procedimiento muy recurrente en las jurisdicciones del *common law*, mediante el cual las partes interrogan testigos o mutuamente se revelan documentos que están bajo su posesión, custodia o poder, relacionados con cualquier asunto litigioso entre ellos. Es importante tener en cuenta que este procedimiento es *pre-trial*; es decir, surge de manera previa al inicio de un proceso judicial.

«El propósito de un procedimiento de *discovery* previo al juicio es evitar un juicio por emboscada» (Berger, 2015, p. 579)⁴. Esa es la principal razón por la que la mayoría de las causas no llegan a judicializarse, pues —antes del inicio del proceso— los involucrados tienen meridiana claridad sobre quién sería, posiblemente, la parte que pierda la controversia.

El *discovery* surge como respuesta al interés de una parte litigante en obtener documentos específicos y relevantes para la eficaz prosecución del procedimiento que en principio no son accesibles, bien porque la parte contraria los tenga en su poder o sea un tercero ajeno a la controversia quien los posea (Stampa, 2010)⁵.

Es preciso resaltar que, bajo la concepción americana, en el que la palabra y la costumbre son más importantes que «el papel soporta todo», el *discovery* es un procedimiento respetado, en el que una parte está obligada a revelar a la otra, no solo los documentos que pueden favorecer su posición, sino también los que pueden perjudicar su caso. Además, «el proceso civil del *common law* persigue la determinación exhaustiva de la veracidad de todos los hechos acontecidos en la disputa planteada; incluso, de aquellos sustantivamente irrelevantes para discernir la controversia» (Stampa, 2010, p. 704).

Sin embargo, como señala el profesor Gual, refiriéndose a la práctica que se ejerce en los Estados Unidos de América bajo la concepción cuasi irrestricta

³ En este artículo se ha desarrollado de manera sucinta la naturaleza jurídica del *discovery* bajo la concepción de la Ley Federal Procesal de Estados Unidos de América. Esto con la finalidad de demostrar las principales diferencias que existen entre dicha figura procesal anglosajona y la producción de documentos del arbitraje internacional. Un análisis más detallado sobre la práctica del *discovery* en los principales sistemas procesales anglosajones será materia de estudio en un posterior trabajo académico.

⁴ Traducción libre de: «*The purported purpose of a pre-trial discovery procedure is to avoid “trial by ambush” [...]*».

⁵ Resumen de varias ideas expresadas por el autor a lo largo del trabajo académico citado.

de la *Federal Rules of Civil Procedure*, el *discovery* ha sido objeto de claros abusos, materializados en peticiones masivas de documentos o la tendencia a solicitar un gran número, en muchas ocasiones inútil, de declaraciones testimoniales, lo cual termina incrementando gravemente los costos del litigio y, por ello, puede llegar a utilizarse como instrumento de presión sobre la parte contraria para forzar un determinado acuerdo (Gual, 2011, p. 118).

Esto, sin duda, genera dos efectos reflejos:

- Efecto en quien tiene mayor respaldo económico: puede forzar acuerdos tras ser demandada por particulares, ya que están en mejor disposición para sobrellevar un largo y costoso proceso de *discovery*. En esta posición, si solamente pensáramos como empresarios que quieren ganar un caso, resultaría tendencioso recurrir al famoso *fishing expedition* o *document hunting* (Araque, 2016, pp. 129-130)⁶.
- Efecto en quien no tiene mayor respaldo económico: una empresa enfrentada con gigantescas peticiones documentales o con interminables series de interrogatorios puede muy bien terminar concluyendo que la transacción es la única alternativa razonable. Precisamente por esta posición desventajosa, se ha previsto la intervención de los jueces a través de las *protective orders* (Gual, 2011, p. 118)⁷, y se ha fomentado diferentes reformas en la *Federal Rules of Civil Procedure*.

Lo que queda claro es que las críticas al *discovery* no son injustificadas, pues desde una perspectiva práctica suele ser un procedimiento que favorece a quien tiene mayor capacidad económica y logística para soportar el tsunami de documentos que se le soliciten o tenga que revisar (Ahdab y Bouchenaki,

⁶ Al respecto, la autora manifestó lo siguiente: «Uno de los problemas que tiene el incidente del *discovery* americano al ser su objeto tan amplio, es que puede ser solicitado de forma abusiva o desproporcionada (los denominados *fishing expedition* o *document hunting*). Por ello, una de las formas de limitarlo es a través de las siguientes objeciones: (i) inexistencia del documento requerido, (ii) no estar en posesión del mismo, (iii) dicho documento tiene el carácter de privilegiado o confidencial, (iv) carece de relevancia o (v) es muy costoso exhibirlo (objeción por economía procesal)».

⁷ Al respecto, el autor manifestó lo siguiente: «[...] cumple la función básica de proteger al requerido frente al hostigamiento por parte del solicitante con peticiones desproporcionadas e injustificablemente costosas. Mediante estas órdenes, el Juzgado puede llegar a eliminar por completo el *discovery*, o puede limitar su alcance o establecer determinadas condiciones en relación con el tiempo y lugar de su práctica. Constituyen claramente un potente instrumento en manos del juez».

2011, pp. 100-101)⁸. Sin embargo, el problema es más complejo de lo que parece, pues la misma *Federal Rules of Civil Procedure* no propone desincentivos ni mecanismos eficientes para evitar la mala práctica del *discovery*.

3. ¿EXISTE EL *DISCOVERY* ARBITRAL?

Existe un amplio y fuerte consenso entre los usuarios de arbitraje de las jurisdicciones civiles y de *common law* respecto a que el *discovery* de estilo de litigio americano, basado en una obligación positiva de revelar y producir todos los documentos no sujetos a confidencialidad, ya sea útil o nocivo para el caso de una parte, no tiene cabida en el arbitraje internacional (Howell, 2008, pp. 1-2⁹ y Schneider, 2008, pp. 13-14)¹⁰.

Lo que sí existe en el arbitraje internacional es un procedimiento de producción de documentos —bastante restringido, limitado y con sanciones que deben ser aplicadas a quienes la practiquen abusivamente— en el que ambas partes tienen el deber de revelar la información solicitada por la contraparte. Este procedimiento no se practica como asunto *pre-trial* y no tiene como finalidad la búsqueda del boleto dorado de la Fábrica de Chocolates que le dé contenido a su caso, sino que el objetivo es la exhibición de documentos pertinentes y específicos que por diversas razones no se encuentra en poder de la parte que lo solicita.

Quizás una de las explicaciones más útiles sobre esta cuestión proviene del caso inglés (BNP Paribas v. Deloitte Touche LLP, 2003), en el que se discutió la diferencia entre el *discovery* y la producción de documentos en relación con un arbitraje administrado por *The London Court of International Arbitration* (LCIA): «existe una distinción importante entre exigir que los documentos sean producidos como prueba de algún hecho [...] y el solicitar

⁸ Al respecto, los autores manifestaron lo siguiente: «[...] *the past ten years have indeed seen a commonly shared and growing concern that this device could be, and sometimes actually was, mutating into a “monster” or a “tsunami”, given the enormous number of documents resulting from that process* [...]».

⁹ Traducción libre de: «*There is a broad and strong consensus amongst arbitration users from both civil and common law jurisdictions that litigation-style “discovery” (in particular “US litigation style discovery”) based upon a positive obligation to disclose and produce all non-privileged documents relevant to the issues pleaded, whether helpful or harmful to a party’s case, has no place in international arbitration*».

¹⁰ Al respecto, el autor manifestó lo siguiente: «*In international arbitration, the term ‘discovery’ is generally avoided*».

que se divulgue la red de arrastre a través de documentos para ver si apoyan el caso del solicitante». La divulgación en el arbitraje internacional adopta el primer enfoque sobre el segundo (Berger, 2015, p. 582)¹¹.

Nótese que la terminología *discovery arbitral tampoco se encuentra en las normas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)*¹² ni en las Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre Práctica de Pruebas o en los reglamentos arbitrales de las instituciones arbitrales más preeminentes (Martínez-Fraga, 2009, p. 77).

Lo que sí puede resultar un punto de partida para referirnos a la técnica probatoria del arbitraje se fundamenta en una adecuada coordinación de fuentes normativas de diverso nivel y origen. Coordinación en que es destacable la labor unificadora de organismos multilaterales tales como UNCITRAL y el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado (UNIDROIT)¹³(Stampa, 2010, p. 712).

En las siguientes secciones trataremos a este procedimiento como tal y abordaremos brevemente los textos de los principios UNIDROIT, normas UNCITRAL, Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas y las principales instituciones arbitrales en el mundo¹⁴. Se analizarán las secciones específicas

¹¹ Traducción libre de: «[...] where the difference between discovery and limited disclosure was discussed in relation to an LCIA arbitration There is an important distinction between requiring documents to be produced as evidence of some fact [...] and asking for disclosure to trawl through documents to see if they support the applicant's case. Disclosure in international arbitration adopts the former approach over the latter».

¹² Las normas UNCITRAL fueron elaboradas con el objeto de promover la armonización y unificación de las reglas aplicables al trámite de los arbitrajes como mecanismo de solución de controversias en el marco de las relaciones comerciales entre entidades privadas, inversionistas y Estados.

¹³ Los principios UNIDROIT fueron elaborados con la finalidad de unificar las reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales a partir de los modelos del *civil law* y el *common law*. Su aplicación se efectúa cuando las partes así lo hayan acordado o cuando se refieran a los principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes. Actualmente, es uno de los instrumentos denominados *soft law* con mayor uso y relevancia práctica legal internacional.

¹⁴ El 14 de diciembre de 2018 entraron en vigencia las denominadas Reglas de Praga - Sobre la Tramitación Eficiente de los Procesos en el Arbitraje Internacional. Estas reglas tienen como finalidad incrementar la eficiencia del proceso arbitral, con especial atención en las facultades inquisitivas de dirección y actuación del árbitro para evitar los altos costos y el tiempo prolongado de solución de la disputa. A la fecha de la elaboración del presente artículo no se puede afirmar que estas reglas se consideren un estándar comúnmente aceptado por los actores del arbitraje comercial internacional, por lo que la implementación de las mismas podrá ser materia de análisis

sobre producción de documentos, cuya práctica —como veremos más adelante— supone una técnica probatoria restringida y limitada a cuestiones materiales que tienen incidencia relevante para la solución de una disputa.

3.1. La producción de documentos en organismos multilaterales

Conforme al Principio 11 de UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional¹⁵, las partes están facultadas a presentar durante la fase inicial del proceso los hechos de la controversia, sus argumentos, la reparación pretendida y una descripción específica de las pruebas sobre las que fundamenta su posición. En caso, exista alguna imposibilidad de referir con especificación el detalle de las pruebas aportadas, el tribunal decidirá si procede o no exponer dichos medios probatorios en un momento posterior.

Por su parte, el Principio 16 de UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional¹⁶ establece los instrumentos probatorios a través de los cuales las partes podrán

en un posterior trabajo académico. Sin perjuicio de ello, es necesario destacar que estas reglas, al igual que las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas, contienen una sección específica sobre producción de documentos y sanciones ante la mala práctica, por lo que resulta correcto afirmar que el grupo de trabajo que las promovió, considera que existen otras formas de enfrentar los costos del arbitraje y el tiempo prolongado de solución, sin dejar de lado la producción de documentos como regla estándar del arbitraje internacional.

¹⁵ Principio 11 de UNIDROIT. -

11.1. Las partes y sus abogados deben actuar de buena fe al tratar con el tribunal y con las otras partes. 11.2. Las partes comparten con el tribunal la responsabilidad de promover una justa, eficaz y razonablemente rápida resolución del proceso. Las partes deben abstenerse de incurrir en abusos procesales, tales como presionar a los testigos o destruir las pruebas.

11.3. En la fase inicial, las partes deben presentar con razonable detalle los hechos relevantes, sus argumentos jurídicos, la reparación pretendida y describir con especificidad suficiente las pruebas disponibles para ser ofrecidas en apoyo de sus argumentos. Cuando una parte demuestre justa causa de su incapacidad para aportar detalles razonables de los hechos relevantes o especificación suficiente de la prueba, el tribunal deberá tomar en consideración la posibilidad de que los hechos y pruebas necesarios se desarrollen más adelante en el curso del procedimiento.

11.4. El incumplimiento injustificado de una de las partes de responder oportunamente a los argumentos de la contraparte puede ser tenido por el tribunal, después de aperebrir a la parte renuente, como fundamento suficiente para tener por admitidos o aceptados los argumentos de la contraparte.

11.5. Los abogados de las partes tienen la obligación profesional de asistirles en la observancia de sus obligaciones procesales.

¹⁶ Principio 16 de UNIDROIT. -

16. Acceso a la información y prueba.

16.1 En general, el tribunal y cada parte deberán tener acceso a las pruebas relevantes y no confidenciales, incluyendo las declaraciones de las partes y de los testigos, dictámenes de peritos, documentos y pruebas provenientes de la inspección de bienes, del ingreso a inmuebles o, bajo

obtener las pruebas que fundamenten sus argumentos. En dicho artículo se hacen mención las (a) declaraciones de partes y testigos, (b) los dictámenes periciales, (c) los documentos y (d) las pruebas de inspección de bienes y/o exámenes físicos o mentales de personas.

Este deber de acceso se complementa con el deber de exhibición que tiene la persona requerida, ya sea una de las partes o un tercero ajeno a la controversia. Para ello, hay que tener en cuenta que la prueba debe estar bajo el control, custodia o posesión de esta persona y demostrar que no se puede obtener por ningún otro medio por la parte solicitante (Araque, 2016, pp. 135-136).

En lo que respecta a UNCITRAL, habría que mencionar que los artículos 20.4¹⁷ y 21.2¹⁸ de su reglamento establecen que, además de los escritos de demanda y contestación, las partes deben aportar los documentos y pruebas que respalden sus argumentos. Por otro lado, el artículo 24 del mismo cuerpo normativo¹⁹ dispone que los árbitros pueden requerir a las partes la presentación de escritos y documentos relevantes para la solución de una controversia.

circunstancias adecuadas, del examen físico o mental de una persona. Las partes deberán tener derecho a presentar declaraciones a las que se les atribuya valor probatorio.

16.2 Ante la solicitud oportuna de una parte, el tribunal deberá ordenar la revelación de pruebas relevantes no confidenciales y razonablemente identificadas que estén en posesión o bajo el control de otra parte o, si fuera necesario y en justos términos, de un tercero. Tal exhibición no puede objetarse porque la prueba pueda ser adversa para la parte o para la persona que hace la revelación.

16.3 Para facilitar el acceso a la información, el abogado de una parte puede efectuar una entrevista voluntaria con un potencial testigo independiente.

16.4 La recepción de declaraciones de las partes, de los testigos y de los peritos deberá desarrollarse como es costumbre en el foro. Cada parte deberá tener el derecho a formular preguntas adicionales directamente a otra parte, al testigo o al perito que hubiera sido interrogado en primer término por el tribunal o por otra parte.

¹⁷ Artículo 20 del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL. - Escrito de demanda
[...] 4. El escrito de demanda deberá ir acompañado, en la medida de lo posible, de todos los documentos y otras pruebas en que se funde el demandante, o deberá contener referencias a los mismos.

¹⁸ Artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL. - Contestación de demanda
[...] 2. En la contestación se responderá a los extremos b) a e) del escrito de demanda (párrafo 2 del artículo 20). La contestación se acompañará, en la medida de lo posible, de todos los documentos y otras pruebas en que se funde el demandado, o contendrá referencias a los mismos.

¹⁹ Artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL. - Otros escritos.
El tribunal arbitral decidirá si se requiere que las partes presenten otros escritos, además de los de demanda y contestación, o si pueden presentarlos, y fijará los plazos para la comunicación de tales escritos.

3.2. La producción de documentos en las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas

Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas «[...] proporcionan mecanismos para la recopilación y presentación de pruebas, y se describen a menudo como reflejo de un compromiso entre los enfoques de los diferentes sistemas jurídicos [...]» (Kühner, 2010, p. 667)²⁰.

La IBA creó su primera serie de reglas sobre la obtención de pruebas en el año 1983 (Berger, 2015, p. 509)²¹. Estas reglas fueron generalmente bien recibidas, pero no se adoptaron con frecuencia en la práctica. Sin embargo, proporcionaron el primer conjunto completo de normas para la obtención de pruebas que serían aceptables para los profesionales con antecedentes de derecho civil y de *common law* (Kühner, 2010, p. 667)²².

Encontrándose vigentes las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas de 2010, la redacción de las Reglas IBA de 1999 fue modificada ligeramente y ahora dice: «una declaración sobre la manera en que los documentos solicitados son relevantes para el caso y material para su resultado». Es decir, exige un doble análisis sobre la relevancia del documento solicitado (Von Segesser, 2010, p. 743)²³.

²⁰ Traducción libre de: «*The IBA Rules provide mechanisms for the gathering and presentation of evidence, and are often described as reflecting a compromise among the approaches of different legal systems. Yet a ten-year term would probably not have been sufficient to soften the so-called 'civil law–common law divide'.*».

²¹ Posteriormente, las Reglas de 1999 siguieron la misma línea, salvo en su artículo 3.3, en las que iban más allá de su predecesor (artículo 4.4 de la versión de 1983 de las Reglas IBA). Esa norma limitaba la producción de documentos a los que «que pasaban a la otra parte o a terceros», excluyendo de su ámbito de aplicación a los documentos internos como las conferencias telefónicas. El artículo 3.3 de las Reglas IBA de 1999 no contenía tal restricción. Sin embargo, aunque el artículo 3.3 se refiere a las solicitudes de producción que están relacionadas con documentos internos de la otra parte, dichas solicitudes eran manejadas con sumo cuidado por el Tribunal. Desde el 29 de mayo de 2010 hasta la actualidad, se encuentran vigentes las Reglas revisadas sobre la Obtención de Pruebas en Arbitraje Internacional de la IBA, que sustituyeron las anteriores Reglas IBA de 1999.

²² Traducción libre de: «*The 1983 Rules were generally well received, but not frequently adopted in practice. Nevertheless, they provided the first comprehensive set of rules for the taking of evidence which would be acceptable to practitioners with both civil law and common law backgrounds.*».

²³ Traducción libre de: «*The wording of the IBA Evidence Rules of 1999 has, however, been slightly modified and now reads a statement as to how the Documents requested are relevant to the case and material to its outcome, thus putting an emphasis on a two-pronged test.*».

La referencia a las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas se ha hecho frecuente durante las últimas décadas; como resultado, se puede decir, sin exageración, que las Reglas de la IBA se han convertido en un estándar comúnmente aceptado en procedimientos de arbitraje internacional (Kühner, 2010, p. 667)²⁴.

En palabras de la profesora Araque, lo que pretende la IBA con las Reglas de Práctica de Prueba de 2010 es propiciar un procedimiento eficiente, económico y equitativo a través de mecanismos específicos para la presentación de documentos, testigos, peritos e inspecciones, así como para el desarrollo de las audiencias en las que las mismas se practican (Araque, 2016, pp. 136-137).

Además de los requisitos generales del debido proceso arbitral, un tribunal arbitral que lidia con la solicitud de producción de documentos de una parte, debe considerar también los requisitos previos específicos para la producción de documentos en el arbitraje comercial internacional. Según el artículo 3.3 de las reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas, los requisitos son los siguientes:

- Los documentos solicitados o una categoría restringida de documentos, incluida su materia, deberán ser suficientemente especificados.
- La parte requirente debe sustentar las razones por las que los documentos solicitados son *prima facie* (pertinentes al caso) e importantes para su resultado.
- La parte requirente debe declarar que los documentos solicitados no están en su posesión, custodia o control o debe exponer las razones por las cuales sería excesivamente oneroso para el solicitante la presentación de tales documentos.
- La parte requirente deberá motivar por qué parte de los documentos solicitados están en posesión, custodia o control de la otra parte, que suele ser parte en el arbitraje, pero también puede ser un tercero (Berger, 2015, pp. 586-587)²⁵.

²⁴ Traducción libre de: «*Reference to the IBA Rules has steadily increased over the last decade; as a result it may be said, without exaggeration, that the IBA Rules have developed into a commonly accepted standard in international arbitration proceedings*».

²⁵ Traducción libre de: «*1. The requested documents or a narrow category of documents, including their subject matter, must be sufficiently specified. 2. The requesting party must provide a reasoned explanation as to why the requested documents are prima facie 'relevant to the case' and 'material to its outcome. 3. The requesting party must state that the requested documents are not in its possession, custody or*

A su vez, la parte requerida tiene la obligación de exhibir todos los documentos que se le solicite, a menos que acredite el incumplimiento de alguno de los requisitos descritos en el artículo 3.3 de las reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas o presente alguna de las objeciones reguladas en el artículo 9.2.²⁶ (Araque, 2016, p. 138).

Finalmente, en caso el árbitro advierta alguna conducta de mala fe o de falta de colaboración de las partes, se encuentra facultado a aplicar inferencias adversas en contra de los intereses de dicha parte y/o condenarla al pago de costos del arbitraje (incluyendo los costos resultantes o relacionados con la práctica de dicha prueba), de conformidad con los artículos 9.5, 9.6 y 9.7 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas²⁷.

control or must state the reasons why it would be unreasonably burdensome for the requesting party to produce such documents. 4. The requesting party must provide reasons why it assumes that the requested documents are in the possession, custody or control of the other party which will usually be a party to the arbitration, but may also be a third party».

²⁶ Artículo 9 de las Reglas de la IBA sobre Prácticas de Prueba.- Admisibilidad y valoración de la prueba [...]

2. El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:

- (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso;
- (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral;
- (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas;
- (d) pérdida o destrucción del documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido;
- (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes;
- (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o
- (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.

²⁷ Artículo 9 de las Reglas de la IBA sobre Prácticas de Prueba. - Admisibilidad y valoración de la prueba [...]

5. Si una parte no suministrare, sin explicación satisfactoria, un documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que ella no hubiera objetado en debido tiempo o no presentara un documento que el Tribunal Arbitral hubiera ordenado aportar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que ese documento es contrario a los intereses de esa parte.

6. Si una parte no cumpliere, sin explicación satisfactoria, con poner a disposición cualquier otra prueba relevante (incluyendo testimonios) solicitada por una parte frente a la cual la parte requerida no hubiera objetado en debido tiempo o no cumpliere con poner a disposición

3.3. La producción de documentos en las principales instituciones arbitrales en el mundo

El uso habitual de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en los arbitrajes internacionales ha generado como tendencia que las principales instituciones que administran arbitrajes comerciales incluyan dentro de sus reglas estipulaciones referidas a la producción de documentos. A continuación, unos ejemplos:

- *International Chamber of Commerce (ICC)*: Apéndice IV. Técnicas para la conducción del caso del Reglamento de Arbitraje de la ICC²⁸ (vigente desde el 1 de marzo de 2017).

cualquier prueba, incluyendo testimonios, que el Tribunal Arbitral haya ordenado practicar, el Tribunal Arbitral podrá considerar que esa prueba es contraria a los intereses de esa Parte.

7. Si el Tribunal Arbitral determina que una parte no se ha conducido de buena fe en la práctica de la prueba, el Tribunal Arbitral podrá, adicionalmente a cualquiera otra medida que estuviera a su disposición bajo estas Reglas, tomar en cuenta ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje, incluyendo los costos resultantes o relacionados con la práctica de prueba».

²⁸ Apéndice IV.– Técnicas para la Conducción del Caso del Reglamento de Arbitraje de la ICC. «Los siguientes son ejemplos de técnicas para la conducción del caso que pueden ser usadas por el tribunal arbitral y las partes a fin de controlar el tiempo y los costos. El control apropiado del tiempo y los costos es importante en todos los casos. En casos de baja complejidad y valor, resulta particularmente importante asegurar que el tiempo y los costos sean proporcionales a lo que esté en juego en la controversia.

[...]

d) Producción de prueba documental:

- (i) requiriendo a las partes producir junto con sus escritos los documentos en los que se basen;
- (ii) evitando solicitudes de producción de documentos cuando sea apropiado para controlar el tiempo y los costos;
- (iii) en aquellos casos en los que las solicitudes de producción de documentos se consideren apropiadas, limitando dichas solicitudes a documentos o categorías de documentos que sean pertinentes y determinantes para la solución del caso;
- (iv) estableciendo plazos razonables para la producción de documentos;
- (v) empleando una tabla de producción de documentos para facilitar la resolución de cuestiones relacionadas con la producción de documentos.

- *The London Court of International Arbitration* (LCIA): Artículo 22.1, incisos (iv), (v), y (vi)²⁹, {así como, el Anexo 5 del Reglamento de Arbitraje³⁰ (vigente desde el 1 de octubre de 2014).
- *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR), división internacional de la *American Arbitration Association* (AAA): Artículo 21 del Reglamento de Arbitraje Internacional³¹ (vigente desde el 1 de junio de 2014).

²⁹ Artículo 22 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA: Additional Powers.

22.1 The Arbitral Tribunal shall have the power, upon the application of any party or (save for subparagraphs (viii), (ix) and (x) below) upon its own initiative, but in either case only after giving the parties a reasonable opportunity to state their views and upon such terms (as to costs and otherwise) as the Arbitral Tribunal may decide:

[...]

(iv) to order any party to make any documents, goods, samples, property, site or thing under its control available for inspection by the Arbitral Tribunal, any other party, any expert to such party and any expert to the Tribunal;

(v) to order any party to produce to the Arbitral Tribunal and to other parties documents or copies of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal decides to be relevant;

(vi) to decide whether or not to apply any strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material tendered by a party on any issue of fact or expert opinion; and to decide the time, manner and form in which such material should be exchanged between the parties and presented to the Arbitral Tribunal;

[...]

³⁰ Anexos del Reglamento de Arbitraje de la LCIA.

General Guidelines for the Parties' Legal Representatives

[...]

Paragraph 5: A legal representative should not knowingly conceal or assist in the concealment of any document (or any part thereof) which is ordered to be produced by the Arbitral Tribunal.

³¹ Artículo 21 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la ICDR: Intercambio de Información.

1. El tribunal arbitral supervisará el intercambio de información entre las partes para que este se lleve a cabo de manera eficiente y económica. El tribunal y las partes velarán para que se eviten retrasos innecesarios y gastos y, al mismo tiempo, se eviten sorpresas, asegurando la igualdad de trato y la salvaguarda de la posibilidad de que cada parte presente sus reclamaciones y defensas de manera adecuada.

2. Las partes podrán transmitirle al tribunal arbitral sus ideas acerca del nivel de intercambio de información que consideran apropiado para cada caso, pero el tribunal tendrá la autoridad final sobre estos asuntos. Las partes podrán apartarse de lo dispuesto en este artículo si así lo acuerdan por escrito y tras consultar al tribunal.

3. Las partes intercambiarán todos los documentos en los que funden sus pretensiones de acuerdo al calendario fijado por el tribunal.

4. El tribunal podrá ordenar a una parte que ponga a disposición, previa petición a tal efecto, documentos que estén en su poder, siempre que la parte solicitante no tuviera acceso a esos documentos y haya razones para que creer que esos documentos existen y son relevantes y sustanciales para la resolución del caso. Las solicitudes de documentos deberán contener una

- Cámara de Comercio de Lima (CCL): Artículo 28 del Reglamento de Arbitraje³² (vigente desde el 1 de enero de 2017).

4. ACERCA DE LA PERCEPCIÓN QUE LA COMUNIDAD ARBITRAL TIENE SOBRE EL MODELO ACTUAL DE PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS

Como se anticipó en la introducción del presente artículo, existe en la comunidad arbitral un debate sobre la posibilidad de eliminar la regla estándar de producción de documentos. Para que el lector pueda sacar sus propias conclusiones es indispensable desarrollar ambas posiciones y determinar qué

descripción específica de los documentos o los tipos de documentos que se piden, junto con una explicación de su relevancia y sustancialidad para el desenlace del caso.

5. Cuando se alegue que ciertos documentos son confidenciales por motivos comerciales o técnicos, el tribunal podrá condicionar el intercambio de información a la adopción de medidas adecuadas para proteger su confidencialidad.

6. Cuando los documentos que se vayan a intercambiar se encuentren en formato electrónico, la parte en cuyo poder obren esos documentos elegirá el formato que le resulte más conveniente y económico para su presentación (incluyendo la presentación de copias en papel), salvo que el tribunal determine, a instancia de parte, que existe una necesidad material de acceder a estos documentos en un formato diferente. Las solicitudes de documentos en formato electrónico deberán estar claramente delimitadas y estructuradas para permitir una búsqueda económica de esos documentos. El tribunal podrá ordenar que se practiquen muestreos de los documentos solicitados o establecer otros mecanismos que permitan limitar y hacer más específica la búsqueda de documentos.

7. A instancia de parte, el tribunal podrá requerir que una parte permita la inspección de instalaciones u objetos relevantes, previo aviso dado con anticipación razonable.

8. A la hora de resolver cualquier disputa relacionada con el intercambio de información previo a la audiencia, el tribunal requerirá que la parte solicitante de la información justifique la necesidad de que se dediquen tiempo y gastos necesarios a atender su solicitud. El tribunal también podrá condicionar la aceptación de una solicitud de información al pago de todo o parte de su coste por la parte solicitante. Así mismo, el tribunal podrá pronunciarse en un laudo o en una orden provisional sobre el modo en el que se distribuirán entre las partes las costas del proceso para el intercambio de información.

9. En el caso de que una parte no cumpla con una orden para el intercambio de información, el tribunal podrá inferir conclusiones adversas para esa parte y tomar ese incumplimiento en cuenta cuando adjudique las costas.

10. Las deposiciones, interrogatorios, y solicitudes de admisión de hechos que han sido desarrollados para usarse en los procedimientos judiciales en E.U.A. generalmente no son mecanismos apropiados para obtener información en el arbitraje bajo este Reglamento.

³² Artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de la CCL.

Pruebas 1. Salvo disposición distinta del Tribunal Arbitral, las pruebas se ofrecen y, en su caso, se presentan con la demanda, la reconvenición y sus respectivas contestaciones. Si una prueba no estuviera a disposición de una parte o requiriese ser actuada, debe ser expresamente referida

es lo que verdaderamente quieren los principales impulsores del arbitraje comercial internacional.

4.1. A favor de la eliminación de la producción de documentos como regla estándar

Los empresarios son consumidores de un producto denominado proceso arbitral por encima del producto proceso civil, porque priorizan una justicia sin presencia del Estado que genere menos costos y se resuelva con mayor celeridad.

Con la aparición de los abogados, los empresarios dejaron de escuchar sus verdaderas necesidades y la práctica abogadil se convirtió en un obstáculo para que los usuarios del arbitraje tengan una solución rápida y menos costosa. Por ello, han surgido diversas preocupaciones en los usuarios. Esto puede ser corroborado con las siguientes encuestas:

4.1.1. Sobre las preferencias de los empresarios

- Encuesta Internacional de Arbitraje 2018 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «La evolución del arbitraje internacional»: el 97% de los encuestados manifestó que el arbitraje internacional es su método preferido para resolver sus disputas (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2018, p. 5).

-
1. en dichos escritos. Cualquier prueba ofrecida o presentada con posterioridad a estos escritos solo es aceptada cuando, a discreción del Tribunal Arbitral, la demora se encuentre justificada.
 2. El Tribunal Arbitral determina, de manera exclusiva, la admisibilidad, la oportunidad, la pertinencia y el valor de las pruebas presentadas.
 3. Salvo disposición legal distinta, cada parte asume la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus reclamaciones o defensas.
 4. En cualquier momento de las actuaciones, el Tribunal Arbitral, por iniciativa propia o a solicitud de parte, puede ordenar que cualquiera de las partes aporte las pruebas adicionales que estime necesarias dentro del plazo que determine.
 5. El Tribunal Arbitral puede decidir el examen de testigos, de peritos nombrados por las partes o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia, siempre y cuando estas hayan sido debidamente convocadas.
 6. El Tribunal Arbitral puede prescindir de pruebas no actuadas cuando se considere suficientemente informado o por cualquier otra razón motivada.
 7. Si las pruebas fueran solo documentales, el Tribunal Arbitral puede decidir la controversia sin necesidad de audiencias, salvo que una parte solicite ser escuchada en audiencia.

- Encuesta Internacional de Arbitraje 2015 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «Mejoras e Innovaciones en el Arbitraje Internacional»: el 90% de los encuestados prefirió el arbitraje internacional para resolver sus disputas (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2015, p. 5).
- Encuesta Internacional de Arbitraje 2013 elaborada por Price Waterhouse Cooper y la Universidad Queen Mary «Elecciones Corporativas en el Arbitraje Internacional. Perspectiva de la Industria»: el 52% de los encuestados prefirió el arbitraje como mecanismo de solución de controversia. Específicamente en el sector energía el 56% y en el sector construcción el 68% de los encuestados se encontraron a favor del arbitraje (Price Waterhouse Cooper, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2013, pp. 6-7).

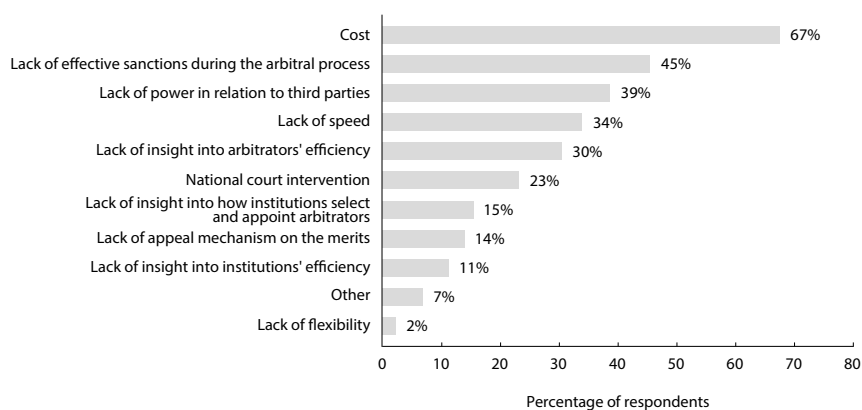
4.1.2. ¿Cuáles son las principales preocupaciones de los empresarios en un proceso arbitral?

- Encuesta Internacional de Arbitraje 2018 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «La evolución del arbitraje internacional»: el 67% de los encuestados se mostró preocupado por los altos costos de los arbitrajes, mientras que el 34% lo está por la falta de velocidad de los mismos (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2018, p. 8)³³.

³³ Esta misma tendencia se ha mantenido respecto de White & Case, Queen Mary University of London and School of International Arbitration, «2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration» (p. 7), cuyos resultados arrojaron que el 68% de los encuestados consideró que los costos de los arbitrajes siguen siendo altos; mientras que el 36% continúa considerando que los arbitrajes carecen de falta de velocidad en su solución.

Gráfico 1

¿Cuáles son las tres peores características del arbitraje internacional?



- Encuesta Internacional de Arbitraje 2013 elaborada por Price Waterhouse Cooper y la Universidad Queen Mary «Elecciones Corporativas en el Arbitraje Internacional. Perspectiva de la Industria»: los encuestados expresaron su preocupación por que el proceso de arbitraje se ha vuelto más sofisticado y más «regulado», con el «control» del proceso dirigiéndose hacia los estudios de abogados y alejándose de los usuarios reales de este proceso (Price Waterhouse Cooper, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2013, p. 22)³⁴.

4.1.3. ¿Cuáles son las principales preocupaciones de los empresarios específicamente sobre la producción de documentos?

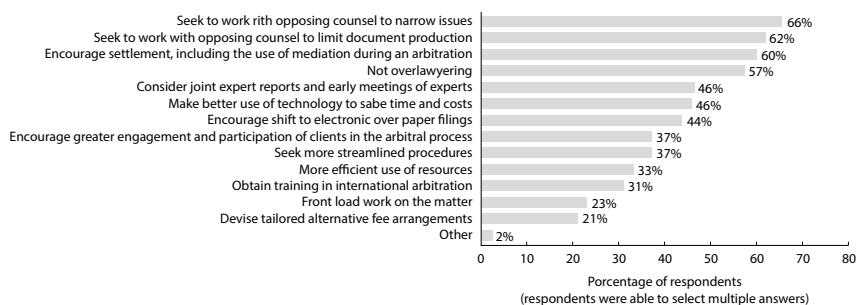
- Encuesta Internacional de Arbitraje 2012 elaborada por Berwin Leighton Paisner «Informe de investigación sobre las percepciones de la producción de documentos en el proceso de arbitraje»: el 64% de los encuestados consideró que el proceso de producción de documentos aumenta significativamente los costos del arbitraje (Berwin Leighton Paisner, 2012, p. 10).

³⁴ Traducción libre de: «Interviewees expressed concern about their perception that the process of arbitration has become more sophisticated and more 'regulated', with 'control' over the process moving towards law firms – and away from the actual users of this process».

- Encuesta Internacional de Arbitraje 2012 elaborada por Berwin Leighton Paisner «Informe de investigación sobre las percepciones de la producción de documentos en el proceso de arbitraje»: el 53% de los encuestados manifestó que la producción de documentos siempre o con frecuencia genera demoras en el proceso arbitral, mientras que el 38% de los encuestados consideró que la demora sucedió a veces (Berwin Leighton Paisner, 2012, p. 10).
- Encuesta Internacional de Arbitraje 2012 elaborada por Berwin Leighton Paisner «Informe de investigación sobre las percepciones de la producción de documentos en el proceso de arbitraje»: el 73% de los encuestados señaló que rara vez o en ninguna ocasión incluyeron un proceso de producción de documentos en sus cláusulas arbitrales (Berwin Leighton Paisner, 2012, p. 16).
- Encuesta Internacional de Arbitraje 2015 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «Mejoras e Innovaciones en el Arbitraje Internacional»: el 62% de los encuestados consideró que los abogados deben dedicar mayor tiempo a intentar arribar a un acuerdo y limitar el alcance de la producción de documentos (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2015, p. 30).

Gráfico 2

¿Qué más o mejor podría hacer el abogado de arbitraje?



- Encuesta Internacional de Arbitraje 2012 elaborada por Berwin Leighton Paisner «Informe de investigación sobre las percepciones de la producción de documentos en el proceso de arbitraje»: el 8% de los encuestados consideró que la producción de documentos solicitada

por su oponente solo contribuyó de manera significativa a obtener un resultado favorable para su cliente en la mayoría de los casos tratados (Berwin Leighton Paisner, 2012, pp. 5-10).

- Encuesta Internacional de Arbitraje 2012 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «Prácticas actuales y preferidas en el proceso arbitral»: el 40% de los encuestados de derecho consuetudinario y el 17% de los encuestados en derecho civil, manifestaron que la producción de documentos afectó materialmente el resultado del caso en al menos la mitad de sus arbitrajes (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2015, p. 23).

4.1.4. ¿Los empresarios realmente quieren producción de documentos?

Considerando las estadísticas descritas precedentemente, los que están a favor de la eliminación de la producción de documentos como regla estándar en el arbitraje internacional, concluyen lo siguiente:

- Si bien el arbitraje es el mecanismo de solución de controversias preferidos por los empresarios, es poco probable que los usuarios deseen incurrir en más gastos por un proceso mucho más largo, cuya etapa de producción de documentos generalmente no contribuirá significativamente en el resultado de los casos.
- Existe una sobre regulación en el arbitraje, específicamente en la etapa de producción de documentos. Esta sobre regulación tiene relación directa con el interés particular de los abogados en hacer difícil lo fácil y no escuchar verdaderamente los intereses de los empresarios. En todo caso, si las partes quisieran un proceso más largo y costoso, tienen derecho a poder pactar la inclusión de estas reglas, pues se asume que las reglas *opt in* son menos costosas que las *opt out*.
- Si las partes ya se encuentran en el arbitraje es porque consideraron que tienen argumentos y pruebas suficientes para iniciarlo. Entonces, ¿por qué considerar a la producción de documentos como una regla predeterminada si los costos aumentarían y la resolución del proceso se prolongaría?

- Con la producción de documentos existe el riesgo de que la contraparte pueda acceder a documentos no relacionados con la controversia que involucren incluso secretos profesionales y comerciales sujetos a confidencialidad.

4.2. En contra de la eliminación de la producción de documentos como regla estándar

Si bien es correcto afirmar que la celeridad y un proceso menos costoso son algunos de los objetivos detrás de la búsqueda de arbitraje en lugar de litigios judiciales para resolver disputas comerciales, no son los únicos objetivos del arbitraje. Entonces, ¿qué es lo que quieren los empresarios en el arbitraje comercial internacional? Quieren un laudo justo y válido. Esto puede ser contrastado con las siguientes estadísticas:

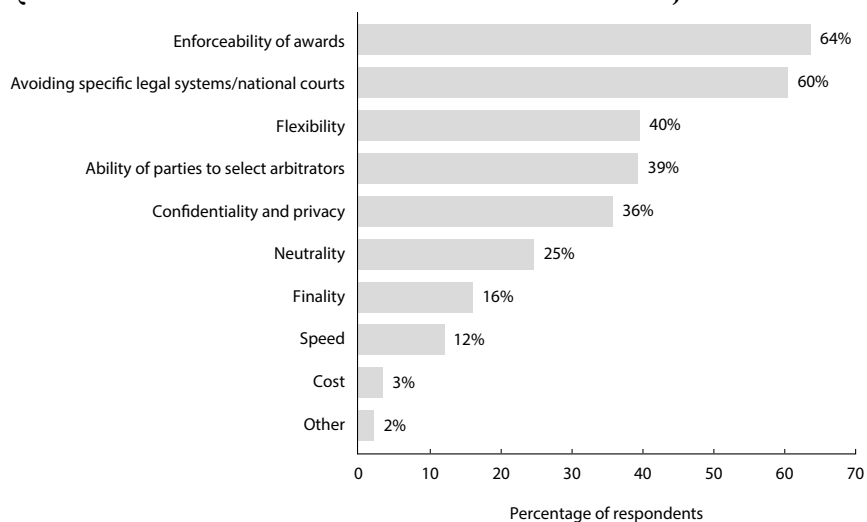
4.2.1. Sobre las preferencias de los empresarios

- Encuesta Internacional de Arbitraje 2018 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «La evolución del arbitraje internacional»: los encuestados señalaron que las dos características más valiosas del arbitraje internacional son obtener un laudo exigible (64%) y evitar la injerencia del sistema judicial (60%), por encima de la velocidad (12%) y los costos del proceso (3%) (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2015, p. 7)³⁵.

³⁵ Esta misma tendencia se ha mantenido respecto de White & Case, Queen Mary University of London and School of International Arbitration, «2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration» (p. 6): «*The 2015 survey results were almost identical: the exact same five characteristics were chosen by respondents as the most valuable features of arbitration, with very similar percentages. This consistency suggests that these five characteristics have come to be regarded as the true central pillars of the entire arbitral system and that they are likely to continue to be seen as its most significant strengths in the future as well [...]*».

Gráfico 3

¿Cuáles son los tres valores más característicos del arbitraje internacional?

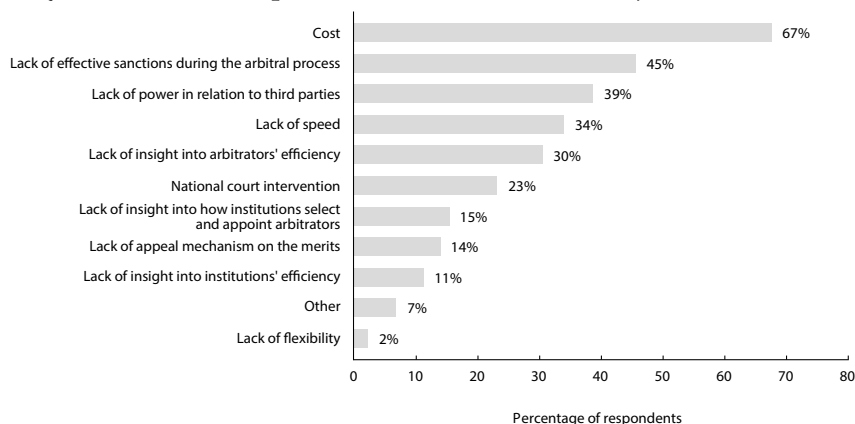


4.2.2. ¿Cuáles son las principales preocupaciones de los empresarios en un proceso arbitral?

- Encuesta Internacional de Arbitraje 2018 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «La evolución del arbitraje internacional»: si bien el 67% de los encuestados manifestó que el costo del proceso era una de las peores características del arbitraje, el 45% consideró que también lo es la falta de sanciones efectivas (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2018, p. 8).

Gráfico 4

¿Cuáles son las tres peores características del arbitraje internacional?



- Encuesta Internacional de Arbitraje 2018 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «La evolución del arbitraje internacional»: en relación con la falta de sanciones efectivas, los encuestados manifestaron que esto no solo se debe a la práctica dilatoria de los abogados sino también a la poca predisposición de los árbitros para imponerlas (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2018, p. 8)³⁶.
- Encuesta Internacional de Arbitraje 2015 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «Mejoras e Innovaciones en el Arbitraje Internacional»: los empresarios consideran que no existe una sobre regulación en el arbitraje, pues el 70% de los encuestados manifestó que existe una cantidad adecuada de regulación y solo 17% opinó que hay una sobre regulación. Además, manifestaron que las Reglas IBA proporcionan orientación donde poco o nada existe (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2015, pp. 33-35).

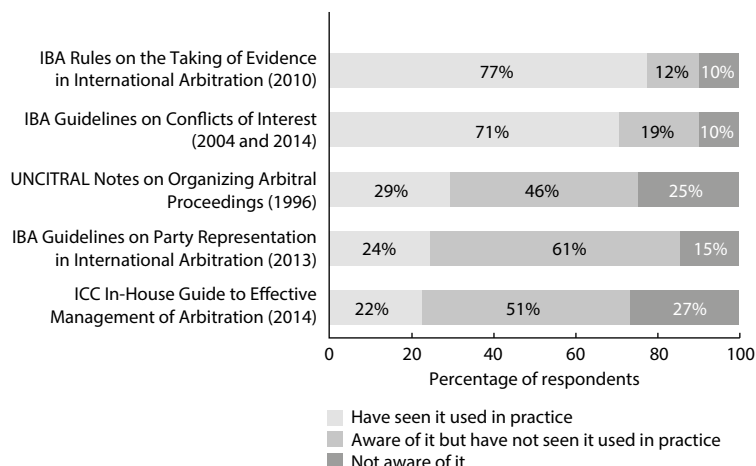
³⁶ Traducción libre de: «In particular, respondents complained about the various dilatory tactics employed by counsel that go unsanctioned either because the arbitrators are reluctant to order appropriate sanctions or because they do not possess the right instruments to do so».

4.2.3. ¿Cuáles son las principales preocupaciones de los empresarios específicamente sobre la producción de documentos?

- Encuesta Internacional de Arbitraje 2015 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «Mejoras e Innovaciones en el Arbitraje Internacional»: la mayoría de encuestados (77% y 71%, respectivamente) señalaron que las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas y Conflicto de intereses son los instrumentos más ampliamente conocidos y utilizados con frecuencia (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2015, p. 35)³⁷.

Gráfico 5

¿Cuán familiarizado está con cada uno de estos instrumentos?

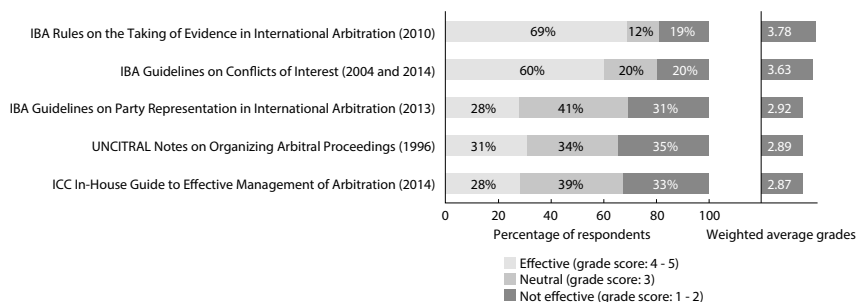


- Encuesta Internacional de Arbitraje 2015 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «Mejoras e Innovaciones en el Arbitraje Internacional»: el 69% de los encuestados opinó que la aplicación de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas resulta ser una práctica efectiva en el desarrollo de sus arbitrajes (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2015, p. 36).

³⁷ Traducción libre de: «[...] *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration and the IBA Guidelines on Conflicts of Interest were by far the most widely known and the most frequently used instruments on the list*».

Gráfico 6

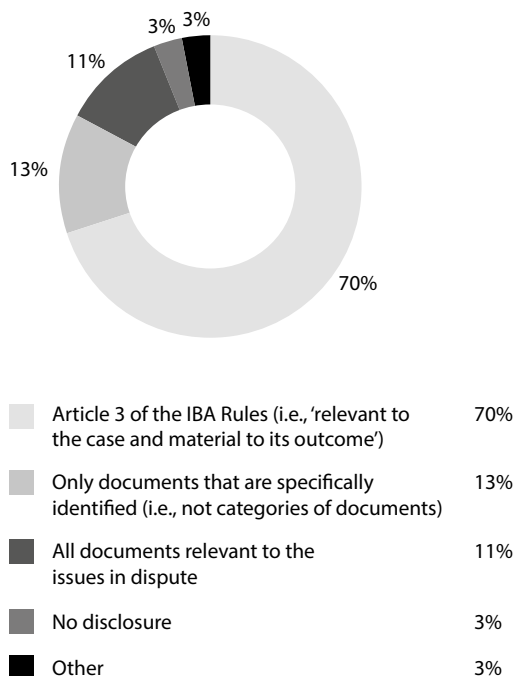
¿Cómo percibe la efectividad de cada instrumento con el que está familiarizado?



- Encuesta Internacional de Arbitraje 2012 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «Prácticas actuales y preferidas en el proceso arbitral»: a pesar de que los diferentes enfoques tradicionales sobre la producción de documentos en el common law y el civil law, el 70% de los encuestados consideró que el artículo 3 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas debería ser el estándar aplicable para esta práctica en el arbitraje internacional (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2012, p. 21), (ver gráfico 7).
- Encuesta Internacional de Arbitraje 2012 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «Prácticas actuales y preferidas en el proceso arbitral»: El 62% de los encuestados manifestó que en más de la mitad de los arbitrajes en los que habían participado se efectuaron solicitudes de producción de documentos (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2012, p. 20).

Gráfico 7

¿Qué norma debería aplicarse en general para la producción de documentos en el arbitraje internacional?

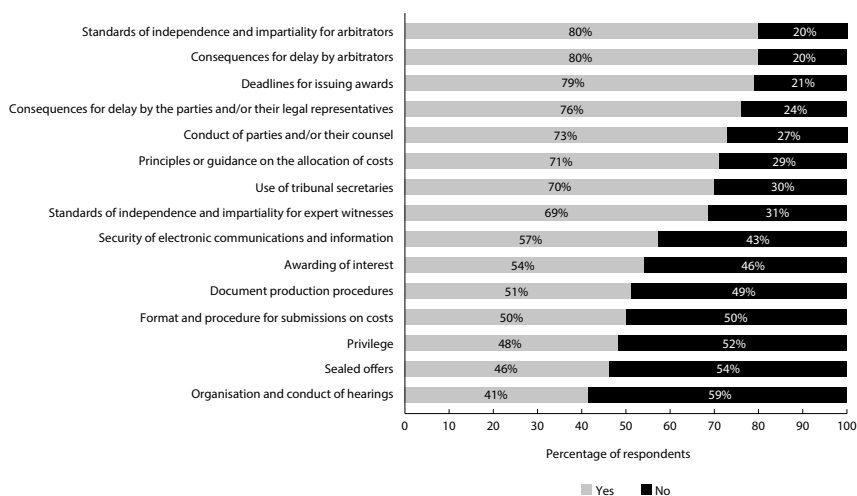


- Encuesta Internacional de Arbitraje 2012 elaborada por Berwin Leighton Paisner «Informe de investigación sobre las percepciones de la producción de documentos en el proceso de arbitraje»: el 55% de los encuestados declaró que existe un nivel adecuado de producción de documentos en el arbitraje internacional. Otro 10% dijo que había muy poca cantidad, y otro 20% dijo que había demasiado. Con ello, se puede afirmar que al menos un 65% de los encuestados considera que es un procedimiento aceptado para el desarrollo de los arbitrajes que, pese a los altos costos incurridos merecería seguir siendo empleado, aunque con una regulación que ayude en su gestión (Berwin Leighton Paisner, 2012, p. 9).
- Encuesta Internacional de Arbitraje 2018 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «La evolución del arbitraje internacional»: el 51% de los encuestados manifestó estar a favor de incluir alguna regulación sobre los procedimientos de producción de

documentos; es decir, establecer como regla estándar la ejecución de esta práctica (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2018, pp. 34-35). Si bien este porcentaje no resulta ser una abrumadora mayoría, de todas formas, existe un considerable grupo de empresarios que están a favor de su regulación, porque su práctica es reconocida y aceptada.

Gráfico 8

Las reglas de arbitraje (ya sean institucionales o ad hoc) deben incluir disposiciones que aborden cada uno de los siguientes problemas:



- Encuesta Internacional de Arbitraje 2012 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «Prácticas actuales y preferidas en el proceso arbitral»: El 59% de los encuestados opinó que la práctica de producción de documentos afectó materialmente el resultado de al menos una cuarta parte de los arbitrajes en los que participaban y el 29% cree que esto sucedió en al menos la mitad de sus casos (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2012, p. 23)³⁸. Los autores de las conclusiones de la encuesta resumen que los hallazgos obtenidos a través de la producción

³⁸ Traducción libre de: «A majority of respondents (59%) believe that documents obtained through document production materially affected the outcome in at least one-quarter of their arbitrations, and 29% of these respondents believe this happened in at least half of their arbitrations».

de documentos resultan cruciales para un porcentaje estadísticamente significativo de arbitrajes³⁹.

- Encuesta Internacional de Arbitraje 2018 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary «La evolución del arbitraje internacional»: como respuesta a la pregunta ¿cuáles son las instituciones arbitrales preferidas por su organización? el 77% de los encuestados respondió ICC y 51% LCIA (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2018, p. 13)⁴⁰. Lo curioso es que a pesar de que la contraparte señala que los empresarios no quieren producción de documentos, las instituciones arbitrales preferidas por los usuarios sí tienen regulado el procedimiento de producción de documentos y en la práctica suelen incluir en los arbitrajes: el procedimiento establecido por las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas.

4.2.4. ¿Los empresarios realmente quieren producción de documentos?

Los que están en contra de la eliminación de la producción de documentos como regla estándar en el arbitraje internacional, concluyen lo siguiente:

- El principal interés de la comunidad arbitral es obtener un laudo plenamente exigible, esto es, que los árbitros puedan emitir una decisión informada y con una adecuada valoración de los medios de prueba, de manera tal que dicho laudo no pueda ser susceptible de anulación o falta de ejecución en sede judicial. Al respecto, el profesor Berger comentando el caso (Karah Bodas Co. L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Pertamina, 2004) desarrolla la posibilidad de que una negativa a una solicitud de producción de documentos solicitada por una de las partes pueda

³⁹ Traducción libre de: «[...] *These findings show that documents obtained through document production are crucial to a statistically significant percentage of arbitrations*».

⁴⁰ Nótese que esta tendencia ha cambiado respecto de White & Case, Queen Mary University of London and School of International Arbitration, «2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration» (p. 17), en la que el 68% de los encuestados prefirió ICC y el 37% LCIA; es decir, ahora existen más empresarios que prefieren estas instituciones para que administren sus arbitrajes.

considerarse como una vulneración a su derecho al debido proceso (Berger, 2015, p. 586)⁴¹.

- No existe sobreregulación en el arbitraje, específicamente en la etapa de producción de documentos. Las encuestas señalan que los altos costos y la falta de sanciones para las tácticas dilatorias en el mismo, son los grandes dolores de cabeza que tiene la comunidad arbitral. Para esta posición los costos y las demoras no solo son generados por la mala práctica de los abogados y las partes, sino también por la poca habitualidad con la que los árbitros la sancionan.
- Las mismas encuestas citadas por quienes se encuentran a favor de la eliminación de la producción de documentos como regla estándar son contrarias a su postura, pues en estas consta que a pesar de que los empresarios conocen de los costos y duración del proceso, aun así, prefieren remitirse a las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas y/o someter su controversia a la administración de instituciones arbitrales que sí cuentan con este procedimiento. La lectura que se le puede dar a las encuestas es que la mayoría de empresarios, luego de realizar su propio análisis costo-beneficio, prefieren tener la producción de documentos como regla estándar.
- Como la contraparte ha señalado, toma mucho tiempo llegar a un acuerdo entre los abogados sobre el procedimiento de producción de documentos, incluso, con reglas estándar el 62% de los encuestados, considera que la comunicación entre abogados debería mejorar para la producción de documentos (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2015, p. 30). Imaginemos que no existan reglas estándar, ¿acaso no sería más costoso crear todo un mecanismo y que las partes se pongan de acuerdo? Si con reglas estándar es costoso, sin reglas estándar sería más aún, pues

⁴¹ Al respecto, el autor manifestó lo siguiente: «*We have seen that this procedural discretion is always subject to the parties' right to due process. Apart from the specific prerequisites of a Request to Produce, the tribunal must, therefore, always consider whether a refusal to order the production of documents may constitute a breach of arbitral due process: '[O]ne cannot rule out that the refusal to order the production of documents may, in certain circumstances, constitute a breach of a party's opportunity or right to be heard. Such right includes the right to present evidence in support of one's case. If a party lacks documents necessary to establish relevant facts for which it bears the burden of proof and such documents are demonstrably within the control of its opponent, one could reasonably argue that a refusal to grant a production request may deprive the party seeking discovery from its opportunity to be heard.*»

las partes no tendrían que ponerse de acuerdo para ajustar unas reglas predeterminadas sino para crear unas a la medida.

- La producción de documentos no aumenta el riesgo de que se recurra indebidamente a información confidencial durante el procedimiento, debido a que en el arbitraje internacional se requiere un alto nivel de especificidad. En ese sentido: (a) la probabilidad de que los documentos «no relacionados» se produzcan en respuesta a estas solicitudes es mínima; y (b) es probable que la parte que produce los documentos ya tenga conocimiento de cualquier material sensible que pueda ser considerado confidencial, por lo que podría argumentar en contra de su producción por razones de privilegio reconocido en el artículo 9.2 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas (secreto profesional, settlement o acuerdos para intentar llegar a una solución de la controversia) (Rodríguez, 2008 & Metzler, 2015)⁴².

5. ¿DEBE PERMANECER LA PRODUCCIÓN DE DOCUMENTOS COMO REGLA ESTÁNDAR EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL?

5.1. Sobre lo que realmente quieren los empresarios

Quienes están a favor de la eliminación de la producción de documentos como regla estándar, en resumen, proponen «los empresarios no quieren producción de documentos, los abogados son quienes hacen las cosas más complicadas». Este argumento puede sonar efectista, pero no tiene base sólida que la sustente, pues como el lector habrá podido advertir en el acápite anterior, no es cierto que los empresarios no quieran producción de documentos.

Por el contrario, queda claro que los empresarios buscan un procedimiento arbitral que aliente la producción de documentos, por lo que pactan la inclusión de Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas y también prefieren que sus procesos se desarrollen al amparo de normas arbitrales que contienen este procedimiento probatorio, por ejemplo: ICC y LCIA.

Corresponde analizar ahora si esta decisión es tomada a título personal o es tomada por «los temibles abogados que solo buscan entorpecer la verdadera voluntad de los empresarios». Al respecto, en la misma Encuesta Internacional

⁴² Resumen de varias ideas expresadas por la autora a lo largo del trabajo académico citado.

de Arbitraje 2015 elaborada por White & Case y la Universidad Queen Mary, cuando se le preguntó a los encuestados ¿por qué estas instituciones son las más seleccionadas?, solo el 13% respondió que la elección fue por recomendación del abogado externo (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2015, p. 19). Vemos pues, que son los mismos empresarios quienes priorizan los beneficios de la producción de documentos por encima de los costos que genera.

Nótese, además, que en una encuesta realizada por el Centro Global para la Investigación de Resolución de Disputas (afiliado de AAA), consta que los actores del arbitraje consideran como elemento más importante de este mecanismo de solución de controversias la emisión de un laudo justo y equitativo, por encima del costo, privacidad, celeridad y posibilidad de emisión de un laudo favorable (Naimark & Keer, 2002, pp. 78-80).

De hecho, si se les consultara *ex ante* a los empresarios ¿quieren producción de documentos?, parecería poco probable que respondieran «no, a ninguna producción de documentos en todos los casos», pues no saben en qué posición se encontrarán una vez que surja la controversia.

Como consecuencia del análisis de las encuestas citadas, proponemos la siguiente conclusión: los empresarios consideran que la producción de documentos debe ser el procedimiento por defecto, ya que proporciona un acceso equitativo a todos los materiales pertinentes entre las partes.

5.2. Sobre el costo de la producción de documentos y la demora en el proceso

La producción de documentos puede adaptarse a los intereses y necesidades de las partes. Quienes promueven la eliminación de la producción de documentos como regla estándar, señalan que las peores características del arbitraje son el costo y el tiempo. Entonces, ¿qué debemos entender por costo y tiempo? ¿El análisis debe ser tan superficial como realizar la transición de meses a dinero? Definitivamente no.

Los costos en los que se incurren al inicio, en términos de permitir la producción de documentos, pueden asegurar que las partes no tengan que incurrir en costos mayores al final del arbitraje. Esto debido a que el procedimiento típico requiere que las partes y el árbitro identifiquen cuestiones fácticas y jurídicas relevantes, lo que ahorra el tiempo que podría

haberse desperdiciado en asuntos que no tendrán incidencia directa en la solución de la controversia.

Al permitir que las partes determinen qué puntos entre muchos otros son realmente contenciosos, estas pueden enfocar sus méritos en un ámbito más estrecho. Además, la producción de documentos desincentiva la especulación, pues intenta evitar que una de las partes retenga pruebas a su favor hasta las etapas avanzadas del arbitraje, momento en el que la parte contraria sería incapaz de revisar o responder adecuadamente y estaría sujeta a un juicio por emboscada (Rojas, 2011)⁴³.

Esto refleja una práctica frecuente en el arbitraje comercial internacional: el uso del Redfern *Schedule* (que lleva el nombre de su inventor Alan Redfern). Este cronograma esencialmente es un documento de colaboración. Se llena sucesivamente por las partes, en el plazo establecido por el árbitro. Solo en caso las partes no se pongan de acuerdo, el árbitro decidirá finalmente si corresponde ordenar la exhibición del documento, aceptar la negativa de la parte solicitada o aplicar las sanciones correspondientes en caso advierta el uso abusivo de este mecanismo por alguna de las partes (Blackaby, Partasides, Redfern & Hunter, 2015, p. 384)⁴⁴. A continuación, un ejemplo de Redfern *Schedule* (Berger, 2015, pp. 592-593):

Tabla 1

No.	Documentos solicitados	Justificación (relevancia)	Otra objeción de las partes	Respuestas de la parte solicitante	Decisión del Tribunal
1	Todos los documentos relacionados con [...]	Los documentos requeridos son relevantes para [...] y materiales debido a que [...]	La solicitud es excesivamente pesada porque [...]	La petición no es excesivamente pesada porque [...] (dos corrientes: algunas dan respuesta, otras no)	Se ordena a la demandada que presente al demandante los documentos relativos a [...] porque [...]

Elaboración propia

⁴³ Resumen de varias ideas expresadas por el autor a lo largo del trabajo académico citado.

⁴⁴ Al respecto, los autores manifestaron lo siguiente: «*The purpose of the Redfern schedule is to crystallize the precise issues in dispute, so that the arbitral tribunal knows the position that the parties have reached following the exchanges between them. This makes it possible for the arbitral tribunal to make an informed decision as to whether or not a particular document, or class of documents, should be produced, without having to be involved in the details of the exchanges between the parties' lawyers and, usually, without the need for a meeting [...]*».

Como se puede advertir, el orden es el siguiente:

Primera columna: número de solicitud.

Segunda columna: identificación precisa de los documentos solicitados. Con esto se busca evitar que las solicitudes de exhibición generen una red de arrastre que incluya pedidos sumamente genéricos. Es usual que en la práctica se haga referencia específica a los motivos por los cuales el solicitante considera que los documentos requeridos sí existen.

Tercera columna: detalle de la relevancia de los documentos solicitados y justificación de la importancia que tienen para la solución del caso (artículo 3.3 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas). Con esto se pretende centrar la discusión a los asuntos realmente controvertidos que tienen o tendrán relación directa con la solución del conflicto. Es usual que en la práctica se haga referencia a las secciones en los que han sido abordados estos documentos en los escritos postulatorios presentados por las partes.

Cuarta columna: respuesta de la parte requerida en la que acepta o se rehúsa a exhibir el documento solicitado. En caso de aceptar, comúnmente se indica de qué forma se le dará, al solicitante, acceso a los documentos. En caso de objetar la exhibición, usualmente se detalla el privilegio que impediría que se exhiban los documentos solicitados (artículo 9.2 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas) o se indica la inexistencia de los mismos.

Quinta columna: respuesta del solicitante ante la exhibición de los documentos pedidos o la negativa del requerido. En caso el solicitante advierta que la contraparte ha cumplido parcialmente con la exhibición o ha compartido información no pedida, puede dejar constancia en este espacio de la mala práctica de la contraparte. Lo mismo sucede, si ante la negativa de exhibir por algún privilegio o supuesta inexistencia, la parte solicitante advierte que tiene pruebas suficientes para acreditar que el documento no se encuentra bajo privilegio o sí existe, también puede dejarse constancia de la mala práctica.

Sexta columna: decisión del árbitro mediante la cual podría ratificar la negativa de exhibir de la parte solicitada u ordenar la producción de los documentos que no fueron exhibidos voluntariamente; así como también, podría sancionar a las partes (artículos 9.5, 9.6 y 9.7 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas). Cabe señalar que en esta etapa recién el árbitro toma conocimiento de los pedidos y el contenido total del Redern *Schedule*.

El Redfern *Schedule*, como forma de canalizar la producción de documentos, es muy útil en la práctica arbitral internacional, debido a (a) los bajos costos por la precisión de los pedidos, y (b) la facilidad con la que se puede advertir la mala práctica de los actores. Es importante señalar que los bajos costos también son trasladables al árbitro, quien recién toma conocimiento de los pedidos y el contenido total del Redfern *Schedule* al final (sexta columna). Nótese que ni siquiera es necesario que el árbitro revise los documentos intercambiados por las partes en esta etapa del proceso, sino únicamente lo manifestado por ellas en el cronograma para determinar si es que la información solicitada debe ser exhibida o si se encuentra sujeta a algún privilegio.

5.3. ¿Cómo superar los costos de la producción de documentos y la demora en el proceso?

5.3.1. Sobre la confusión de la producción de documentos, como si fuera *discovery*

El miedo de que la producción de documentos sea una regla estándar parte como consecuencia de la confusión de esta etapa probatoria en el arbitraje internacional con el *discovery* al estilo de las cortes federales de los Estados Unidos de América.

En la producción de documentos, el universo de información que se espera que las partes busquen, recopilen y produzcan es sustancialmente menor que el que normalmente se observa en los procedimientos de *discovery* (IBA Working Party, 2009 e IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, 2010, p. 7)⁴⁵. De hecho, «el estándar reducido establecido en el artículo 3.3 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas demuestran que el *discovery* en el sentido americano no tiene lugar en el arbitraje comercial internacional» (Berger, 2015, p. 588)⁴⁶.

Los *fishing expedition* o *document hunting* no están permitidos en el arbitraje internacional y tener la producción de documentos como el procedimiento

⁴⁵ Al respecto, los autores manifestaron lo siguiente: «*Expansive American- or English-style discovery is generally inappropriate in international arbitration. Rather, requests for documents to be produced should be carefully tailored to issues that are relevant and material to the determination of the case.*».

⁴⁶ Traducción libre de: «*The narrow standard established by article 3.3 IBA Rules is best proof of the fact that American-style discovery does not have a place in international commercial arbitration.*».

por defecto no conducirá a tal resultado, basta con revisar las secciones pertinentes de los reglamentos de arbitraje citados en la sección «3.3. La producción de documentos en las principales instituciones arbitrales en el mundo». Nótese, además, que las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas sí contienen sanciones frente a la mala práctica de los actores, mientras que la *Federal Rules of Civil Procedure* no establecen disposiciones que desincentiven propiamente este tipo de malas prácticas.

Entonces, se podría concluir válidamente que los empresarios realmente no están cansados de la producción de documentos, pero sí lo están de la falta de sanciones para las partes que, amparándose en un sistema bien diseñado de producción de documentos, distorsionan el mismo y lo practican como si estuvieran ante el *discovery estadounidense*.

5.3.2. Solución al problema: hacia una correcta aplicación de sanciones

Después de desmitificar el mal considerado temible y engorroso procedimiento probatorio, hay que manifestar que el sistema de producción de documentos reconoce límites para la exhibición y sanciones en caso se detecten malas prácticas. Por ejemplo:

- Inferencia adversa: si una parte no cumple con presentar un documento pertinente que está en su posesión, se puede inferir que el documento hubiera sido adverso para esa parte (artículo 9.5 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas), como consecuencia de la libre evaluación de las pruebas por parte del árbitro. Para evitar inferencias adversas, una parte está así incentivada a cumplir con la orden de producción. Esta práctica es generalmente aceptada hoy en el arbitraje internacional (Born, 2014, pp. 2391-2392)⁴⁷.

El peligro de una eventual anulación del laudo puede eliminarse si el árbitro, a fin de evitar una decisión sorpresa, notifica con antelación a las partes respecto de su intención de extraer una inferencia adversa

⁴⁷ Al respecto, el autor manifestó lo siguiente: «[T]here is no serious basis for doubt as to arbitrators' power to draw adverse evidentiary inferences, including as a consequence of a party's refusal to comply with a valid disclosure order. This authority is a fundamental aspect of the arbitrators adjudicative mandate and is subsumed within the tribunal's general authority over the admission and assessment of evidence. There are instances in which national courts have concluded that a tribunal exceeded its authority in drawing particular adverse inferences, but this is very rare».

derivada de la falta de presentación de documentos cuya producción ha sido ordenada (White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration, 2012, p. 21)⁴⁸.

Al respecto, el profesor Born comentando el caso (Warner Barnes & Co. V. Kokosai Kisen Kabushiki Kaisha, 1939) señaló que el sentido común como la justicia básica requieren que el tribunal arbitral haga inferencias negativas sobre los contenidos de esos documentos: Un eminente juez de derecho común puso esto en términos convincentes hace casi 70 años: «cuando una vez se descubre que una parte está fabricando o suprimiendo documentos, la conclusión natural, de hecho, la inevitable es que tiene algo que ocultar y es consciente de la culpa». Cuando una parte viola una orden de divulgación, violando así su promesa de arbitraje y su obligación de cooperar de buena fe en el proceso de arbitraje, no es meramente apropiada sino necesaria como una cuestión de justicia que las consecuencias probatorias de esta violación sean tomadas (Born, 2014, pp. 2393)⁴⁹.

- Imposición de costos: el incumplimiento de las órdenes de producción también puede ser sancionado con la asignación de costos (artículo 9.7 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas).

Nuevamente al profesor Born comenta al respecto y afirma que varias decisiones judiciales nacionales han confirmado laudos u órdenes de tribunales arbitrales que imponen sanciones monetarias a las partes que se niegan a cumplir con las órdenes de divulgación de los árbitros

⁴⁸ En esta encuesta los empresarios manifestaron: «[...] arbitrators should make use of this power more often, as long as they give appropriate warnings to the parties in advance of doing so [...]».

⁴⁹ Traducción libre de: «*This approach neglects the logical and commonsense probative value of a party's deliberate withholding of material evidence, and even more so the deliberate noncompliance with a disclosure order: in these circumstances, both common sense and basic justice require a tribunal to draw negative inferences about the contents of those documents. An eminent common law judge put this in compelling terms nearly 70 years ago: 'When a party is once found to be fabricating, or suppressing, documents, the natural, indeed the inevitable conclusion is that he has something to conceal and is conscious of guilt'. Where a party violates a disclosure order—thereby also violating its promise to arbitrate and its obligations to cooperate in good faith in the arbitral process—it is not merely appropriate but necessary as a matter of justice that the probative consequences of this breach be drawn*».

(Born, 2014, p. 2390)⁵⁰ (Superadio Ltd. P'Ship v. Winstar Radio Prods., 2006)⁵¹.

- Asistencia judicial: los árbitros también pueden solicitar asistencia judicial para que las partes o incluso terceros produzcan documentos relevantes y específicos.

Este mecanismo también es posible, pero resulta inusual que los árbitros soliciten la ejecución judicial de sus órdenes de presentación de pruebas en los tribunales nacionales, pues en la práctica, las demoras, los gastos y las incertidumbres que surgen de las solicitudes, hacen que esta sea una opción poco atractiva o inviable (Born, 2014, p. 2391)⁵².

Como el lector podrá advertir, no existe un problema en el procedimiento de producción de documentos que amerite su exclusión como regla estándar en el arbitraje internacional. Al contrario, parece que sí se encuentra bien diseñado y debería operar sin generar costos excesivos a las partes y sin entorpecer el transcurso del proceso. Sin embargo, el problema que existe actualmente es que los árbitros no son muy devotos de la aplicación de sanciones.

¿Cómo actuamos frente al padecimiento del paciente? ¿Quitándole la vida o aplicándole el antídoto perfecto que se encuentra dentro del stock? Definitivamente, incluso escuchando al empresario, la solución menos onerosa será aplicar correctamente el sistema y curar al paciente con ese medicamento que solo el doctor tiene en sus manos.

⁵⁰ Traducción libre de: «*A number of national court decisions have upheld awards or orders by arbitral tribunals imposing monetary sanctions on parties that refuse to comply with the arbitrators' disclosure orders*».

⁵¹ Este es uno de los casos comentados por el profesor Born: «[...] *arbitrator's sanctions for noncompliance with disclosure orders upheld: "The [provisions of the AAA Rules granting arbitrators' broad remedial and discovery authority], construed together, and supported by the broad arbitration provision in the agreement and the absence of any limiting language prohibiting a monetary sanction for discovery violations, authorized the panel to resolve discovery dispute by imposing monetary sanctions [...]*». En la decisión de la corte se señaló expresamente lo siguiente: «[...] *the panel entered an order directing Superadio either to satisfy certain discovery requests "by September 22, 2000" or to pay Baby Love "\$1,000 per day until Superadio is either in compliance or until the date of the [h]earing, whichever shall occur first [...]*».

⁵² Traducción libre de: «It is also possible, but unusual, for arbitrators to seek judicial enforcement of their *discovery* orders in national courts. [...] In practice, however, the delays, expense and uncertainties that arise from applications to national courts ordinarily make this an unattractive or unworkable option».

En la medida en la que existan sanciones ejemplares, realmente se estaría escuchando lo que quieren los empresarios, pues tendrían producción de documentos en un ambiente en el que la mala práctica sería castigada. Solo en este escenario, quizás esa minoría que le preocupan los costos y demora de la producción de documentos, podría disminuir.

6. CONCLUSIÓN

En el arbitraje internacional no existe el *discovery* como regla estándar. Lo que existe es un procedimiento de producción de documentos limitado en el que ambas partes tienen el deber de revelar la información relevante y precisa solicitada por la contraparte.

La producción de documentos se encuentra regulada en las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas, la cual (a) prevé una serie de limitaciones para las solicitudes de exhibición, (b) reconoce determinados privilegios por los cuales la parte solicitada puede negarse a exhibir algún documento, y (c) contiene sanciones para castigar el uso abusivo de este procedimiento probatorio e incentivar la correcta ejecución de sus disposiciones.

Esta tendencia promovida por las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas ha sido reconocida por diversos organismos multilaterales como UNIDROIT y UNCITRAL, así como también, por instituciones arbitrales de renombre como ICC, LCIA, ICDR (afiliado a la AAA) y CCL, quienes dentro de su normativa de arbitraje contemplan la producción de documentos.

La producción de documentos es esencial para el arbitraje internacional y permite anticipar las posiciones controvertidas de las partes que realmente merecen especial atención para la solución de la disputa. Esto se condice con el hecho de que los empresarios priorizan un laudo justo y ejecutable, por encima de los costos y el tiempo que demore la solución de la controversia. La producción de documentos no es el monstruo que muchos piensan, pues incluso se han desarrollado mecanismos para facilitar su ejecución, como por ejemplo el *Redern Schedule*.

Luego de realizar una interpretación conjunta de las encuestas citadas por quienes se encuentran a favor o en contra de la eliminación de la producción de documentos, se puede concluir que la principal preocupación de los empresarios

parecería no ser este procedimiento en sí mismo, sino la falta de sanción ante su uso distorsionado, como si estuvieran ante el discovery reconocido en las cortes judiciales federales de los Estados Unidos de América. De hecho, ninguna de las encuestas demuestra que los empresarios no quieren producción de documentos.

Los beneficios de la producción de documentos superan sustancialmente los inconvenientes de su eliminación como regla estándar en el arbitraje comercial internacional. Además, si es que el árbitro no fuera tan adverso a la aplicación de sanciones, es posible llegar a un escenario ideal en el que no se prive a las partes de su derecho de acceso equitativo a todos los materiales probatorios, a través de un procedimiento menos costoso y célere.

BIBLIOGRAFÍA

- 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee (2010). *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. International Bar Association.
- Ahdab, J. E., & A. Bouchenaki (2011). *discovery* in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers? En A. Van den Berg, *Arbitration Advocacy in Changing Times* (pp. 65-113). Kluwer Law International.
- Araque Moreno, Y. (2016). La práctica del *discovery* en el arbitraje internacional. *Revista del Club Español del Arbitraje*, 125-142.
- Berger, K. P. (2015). Part III, 26th Scenario: The Second Day of the Hearing: Taking of Evidence. En K. P. Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration* (pp. 567-612). Kluwer Law International.
- Berwin Leighton Paisner (2012). *International Arbitration Survey: Research based report on perceptions of document production in the arbitration process* (pp. 1-16).
- Blackaby, N.; Partasides, C.; Redfern, A., & M. Hunter (2015). Chapter 6. Conduct of the Proceedings. En N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, & M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Sixth Edition (pp. 35-414). Kluwer Law International y Oxford University Press.
- BNP Paribas v. Deloitte Touche LLP, EWHC 2874 (Morrison J. Commercial Court, 28 de noviembre de 2003).
- Born, G. (2014). Chapter 16: Disclosure in International Arbitration. En G. Born, *International Commercial Arbitration*. Second edition (pp. 2319-2423). Kluwer Law International.

- Gual Grau, C. (2011). Breves apuntes sobre el *discovery*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, pp. 114-119.
- Howell, D.J. (2008). Electronic Disclosure in International Arbitration: A Changing Paradigm. En D. J. Howell, *Electronic Disclosure in International Arbitration* (pp. 1-12). JurisNet, LLC.
- Karaha Bodas Co. L.L.C. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina), 02-20042, 03-20602 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 23 de marzo de 2004).
- Kühner, D. (2010). The Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. *Journal of International Arbitration*, pp. 667-677.
- Martínez-Fraga, P.J. (2009). La obtención y revelación de documentos e información en el proceso civil estadounidense (*discovery*) y su influencia en la convergencia de culturas jurídicas en el arbitraje internacional. *Revista Peruana de Arbitraje*, 8, 51-101.
- Metzler, E. (2015). Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, The Tension Between Document Disclosure and Legal Privilege in International Commercial Arbitration.
- An Austrian Perspective. En C. Klausegger, & P. Klein, *Austrian Yearbook on International Arbitration* (pp. 231-276). Manz'sche Verlags - und Universitätsbuchhandlung; Manz'sche Verlags - und Universitätsbuchhandlung.
- Naimark, R.W. & S. Keer (2002). What Do Parties Really Want from International Commercial Arbitration? *Dispute Resolution Journal*, 57(4).
- Price Waterhouse Cooper, Queen Mary University of London & School of International Arbitration. (2013). *International Arbitration Survey: Corporate choices in International Arbitration Industry perspectives*, pp. 1-29.
- Rodríguez Vargas, M. (2008). Los privilegios probatorios (Evidentiary Privileges) en arbitraje internacional, en especial el secreto profesional, privilegios abogado-cliente y privilegio de negociación (Settlement Privilege). *Revista del Club Español del Arbitraje*, 79-102.
- Rojas Elgueta, G. (2011). Understanding *discovery* in International Commercial Arbitration through Behavioral Law and Economics: A Journey inside the minds of parties and arbitrators. *Harvard Negotiation Law Review*, 165-191.
- Schneider, M.E. (2008). A Civil Law Perspective: Forget E-*discovery*! En D. J. Howell, *Electronic Disclosure In International Arbitration* (pp. 13-38). JurisNet, LLC.

- Von Segesser, G. (2010). The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised version, adopted by the International Bar Association on 29 May 2010. *Kluwer Law International*, pp. 735-752.
- Warner Barnes & Co. v. Kokosai Kisen Kabushiki Kaisha, 102 F.2d 450 (1939) (Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 6 de Marzo de 1939).
- White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration. (2012). *International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, pp. 1-50.
- White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration. (2015). *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, pp. 1-58.
- White & Case, Queen Mary University of London & School of International Arbitration. (2018). *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, pp 1-46.

THIRD-PARTY FUNDING IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Francesca Benatti

1. THE DIFFUSION AND EVOLUTION OF THIRD-PARTY FUNDING

Third-party funding began gaining a foothold in the second half of the 21st century. In the Australian system, it was initially limited exclusively to bankruptcy cases but has since been extended to all circumstances. In *Campbells Cash and Carry Pty Ltd. v. Fostif Pty Ltd.*¹, where third-party financing was used in a class action suit, both the necessity to guarantee effective access to justice and the role of party autonomy play a decisive role in determining the institution's admissibility. Indeed, it has been affirmed that:

[...] to ask whether the bargain struck between a funder and intended litigant is fair assumes that there is some ascertainable objective standard against which fairness is to be measured and that the courts should exercise some (unidentified) power to relieve persons of full age and capacity from bargains otherwise untainted by infirmity. Neither assumption is well founded².

It surpasses the traditional common law orientation that contends third-party funding violates rules against champerty and maintenance³, and should therefore be prohibited. After all, Blackstone once highlighted how third-party financing of lawsuits would constitute «an offense against public justice,

¹ *Campbells Cash and Carry Pty Ltd. v Fostif Pty Ltd.* [2006] 229 CLR 386.

² [2006] 229 CLR 386.

³ Cf. the criticisms made by Radin, 1935; Sebok, 2011.

as it keeps alive strife and contention, and perverts the remedial process of the law into an engine of oppression»⁴.

Meanwhile in England, third-party financing of legal proceedings began being accepted as valid. For instance, in *Arkin*, the Court of Appeals established that «our approach is designed to cater for the commercial funder who is financing part of the costs of the litigation in a manner which facilitates access to justice and which is not otherwise objectionable. Such funding will leave the claimant as the party primarily interested in the result of the litigation and the party in control of the conduct of the litigation»⁵. The subsequent dissemination of funds in England and Wales brought about the formation of the Association of Litigation Funders, which drafted its own Code of Conduct. The progressive utilization of funds in an international environment, whose real size was often unfelt, later drove Singapore⁶ and Hong Kong⁷ to take legislative action (Bao, 2017; Gayner & Khouri, 2017) to regulate the phenomenon⁸ and increase their appeal as seats for arbitral proceedings.

However, the limitations of the doctrines of maintenance and champerty are still found in some American jurisdictions (Shannon, 2016; Richey, 2013; Lyon, 2010), and were reaffirmed by the Irish Supreme Court in 2017 when it refused to be:

⁴ Black's Law Dictionary 213, 954 (6th ed. 1990). Cfr. the reasons given by Betham for the two rules, as cited in *Cannonway Consultants Ltd v. Kenworth Engineering Ltd* [1995] 1 H.K.C. 179, are: «[A] man would buy a weak claim, in the hopes that power might convert it into a strong one, and that the sword of a Baron, stalking into court with a rabble of retainers at his heels, might strike terror into the eyes of a judge upon the bench. At present, what cares an English judge for the swords of a 100 barons? Neither fearing nor hoping, hating nor loving, the judge of our days is ready with equal phlegm to administer, upon all occasions, that system, whatever it be, of justice or injustice, which the law has put into his hands».

⁵ *Arkin v Borchard Lines* [2005] 1 WLR 3055.

⁶ Singapore (Civil Law Amendment Act, 2017).

⁷ Hong Kong: Arbitration and Mediation Legislation, Third-party Funding, Amendment. Ordinance 2017 (Ordinance 6/2017).

⁸ V Nigeria may be recognizing TPF, albeit without providing for its regulation: «Article 41(2)(g) of the Arbitration and Conciliation Act (Repeal and Re-Enactment) Bill 2017 (The Bill) includes it in the costs of the Arbitration and empowers the arbitral tribunal to fix costs of arbitration in its award and further defines the term costs to include the costs of obtaining Third-party Funding. Additionally, the institution is defined at Article 83 as an «arrangement between an individual or corporate entity (the funder) and a party involved in the arbitration, whereby the funder agrees to finance some or all of the party's legal fees in exchange for being remunerated from proceeds of the award».

[...] seduced into changing the law in the interests of what the Court may perceive to be just. It may be said that in light of modern issues, such as Ireland being an international trading State, issues arising on international arbitrations, and in the Commercial Court, it might well be appropriate to have a modern law on champerty and the third-party funding of litigation. However, that is a complex multifaceted issue, more suited to a full legislative analysis⁹.

Nonetheless, it is significant the Court established that the question could be reconsidered if constitutional rights are deemed violated for lack of access to justice¹⁰.

In continental Europe, third-party funding is emerging in Germany¹¹, and in a lesser degree in Switzerland, Austria and Holland. Instead, other jurisdictions—including Sweden—depend on ex-ante or insurance-based means of access to justice. The assessment in Italy, like in France, is still in its infancy¹², and notwithstanding the institution is attracting increasingly more interest from legal doctrine and the professional world. The reasons for the delay are attributable more to market reasons¹³ than to regulatory constraints¹⁴, such as champerty or maintenance. The value of a lawsuit

⁹ *Persona Digital Telephony Ltd v. The Minister for Public Enterprise*,

¹⁰ The Court expressed this position noting that if «circumstances could arise where, after a definitive finding that there had been a breach of constitutional rights but no action having been taken by either the legislature or the government to alleviate the situation, the courts, as guardians of the Constitution, might have no option but to take measures which would not otherwise be justified».

¹¹ Cf. De Morpurgo, 2011.

¹² This is evident if doctrinal works on the topic are considered.

¹³ For example, the profession in Italy is characterized by a majority of small firms, and only some large ones (usually internationally oriented with entrepreneurial qualities, located in Milan and Rome). It is a variegated reality in which, on one side, there is still a vision of the traditional profession (especially in the smaller offices) and is therefore less open to new prospects for litigation financing; on the other side, it allows clients to more easily obtain a professional who meets their needs (also economic) without having to resort to funding. The result is often a race to the bottom, due to the elevated number of lawyers. The costs to access justice is not excessive, even for arbitral proceedings. This is confirmed by the scarce success that contingency fee agreements have had in Italy after having been declared an instrument that would have changed the system. Only a few contingency fee agreements have been formed, and with difficulty, for major proceedings or by renown professionals. The same features of justice in Italy do not appear to facilitate or necessitate investments by funders.

¹⁴ However, Roman law punished those who maliciously conspired to bring suit against others, agreeing to split the damages with the party who wins (Justinian's Digest, Ff. 48.7.6) and those

appears to affect the perception of the benefits to be received from third-party investment: the lower the value of proceedings, the less attractive third-party investment. In other words, low-value lawsuits might give the impression that it is not advantageous to invest in proceedings in a legal system where the outcome of judgments is unpredictable, or where it is difficult to receive a short-term return on the investment.

The High Court of Australia identified the institution's benefits as the «social utility of funded proceedings, its potential to foster the aims of class actions; to inject a welcome element of commercial objectivity into the way in which litigation budgets are framed; increase the efficiency with which litigation is conducted»¹⁵. The issue is complex¹⁶ and the variables relating to lenders, borrowers, financing modalities and the type of proceedings must be considered¹⁷. The variety of concrete cases¹⁸ makes it difficult to conduct a single discussion¹⁹. It is, however, noteworthy that the institution has rapidly expanded²⁰ to arbitration proceedings²¹, especially international ones (Von Goeler, 2016), primarily due to a choice of funds. Arbitral proceedings are, indeed, commended for being efficient, fast and compatible with parties' interests, thus guaranteeing a significant competence (especially with regard to specific legal questions) with reduced risk. Moreover, delicate and economically significant international disputes are generally decided by

who violated these laws were punished by «forfeiture of a third-party of their goods», and «infamy» (Justinian's Digest, Ff. 48.7.1.).

¹⁵ *Fostif v. Campbells Cash and Carry* [2005] 63 NSWLR 203.

¹⁶ This makes it difficult to define the institute, as illustrated by the ICCA-Queen Mary Task Force Report on Third-Party Funding in International Arbitration. <http://www.arbitration-icca.org/publications/Third-Party-Funding-Report.html>. It report may be considered the current point of destination of the considerations on third-party funding.

¹⁷ Kalajdzic, Cashman & Longmoore, 2013, evidencing the differences between legal systems. It concludes, moreover, that the funders may have functions or meet different needs in the various systems.

¹⁸ The first distinction is made between recourse before a judge and arbitral proceedings. It is observed that «[f]inancing of litigation and arbitration claims by third parties is neither new nor capable of being characterised in the rather black and white manner so often employed by press and academic writing. In reality, the practice is complex and multi-faceted». C. Bogart, 2013.

¹⁹ Rowles-Davies, 2014, combines theoretical studies with the analysis of some sources, pp. 87-103; Bench & Shannon, 2017, pp. 4-11.

²⁰ Today we can speak of an industry of third-party funding.

²¹ Even in this hypothesis it is necessary to distinguish national, international and investment arbitrations from institutional and ad hoc arbitrations, and in some systems between regular and irregular arbitrations.

arbitrators. Due to the often exuberant cost of litigation, parties too perceive the need for financing. Third-party funding was initially viewed as a tool to protect novice parties or those with few economic resources who seek recourse against large companies. It was argued (Steinitz, 2011) that such funding could balance the great disadvantages between repeat players and one shotters, producing redistributive effects and modifying the unjust or inefficient rules of litigation. In fact, according to Galanter:

[Repeat players] have advance intelligence; they are able to structure the next transaction and build a record [...] develop expertise and have ready access to specialists. They enjoy economies of scale and have low start-up costs for any case [...] have opportunities to develop facilitative informal relations with institutional incumbents [...] [The repeat player's] interest is in his 'bargaining reputation' [...] can play the odds. The larger the matter at issue looms for [the one-shotter], the more likely he is to adopt a minimax strategy (minimize the probability of maximum loss). Assuming that the stakes are relatively smaller for [repeat players], they can adopt strategies calculated to maximize gain over a long series of cases, even where this involves the risk of maximum loss in some cases. Repeat players can play for rules as well as immediate gains [...] [A repeat player] may be willing to trade off tangible gain in any one case for rule gain [...] We would then expect repeat players to settle cases where they expected unfavorable rule outcomes [...] [One-shotters] should be willing to trade off the possibility of making 'good law' for tangible gain (1974, p. 125).

The availability of funds would reduce the differences between repeat players and one shotters at the benefit of the weaker party. Despite the mainstream theory on the social utility of third-party funding, the current situation has radically mutated. This romantic notion is no longer accurate²². Not only does funding constitute an economic activity²³, but —by keeping litigation

²² Santosuosso & Scarlett, 2018; Shepherd, 2011, highlights that often the funds do not invest in those disputes in which the necessity to facilitate the access to justice is more evident.

²³ The profit margin is one of the determining factors in the choice to invest. If we were to witness non profit financing in investment arbitrations it would be in hope to modify the current legislation or obtain long-term advantages. Salerno & Kroop, 2018, pp. 1 point out how «these well-capitalized funds recognize that TPLF returns can be enormous. Burford reported USD 378 million new investments in TPLF in 2016 (up 83 percent), with total investments in TPLF totaling more than USD 2 billion. Burford announced a 75 percent increase in after-tax profits for 2016 compared with 2015, and USD 216 million in cash from investment returns in 2016 (48 percent increase over 2015). These lucrative returns for TPLF providers are not» reserved for only the largest funds. An advertisement in the Nueva York Times solicits investors for the

costs off the balance sheet and maintaining liquidity—large companies often use it to limit risks and costs in much the same way as an insurance policy²⁴. Indeed, costs often involve the company's entire dispute department.

Consequently, it has been efficiently brought to light that the factors contributing to the evolution of third-party funding are:

[...] companies seeking a means to pursue a meritorious claim while also maintaining enough cash flow to continue conducting business as usual [...] [and] worldwide market turmoil and uncertainty [...] which has inspired [...] investors to seek investments that are not directly tied to or affected by the volatile and unpredictable financial markets [as well as] [...] third-party funding as corporate finance, whereby corporate entities [...] enter into bespoke arrangements [...] as a means of raising capital for general operating expenses or expansion to meet new business goals (Bench & Shannon, 2017, p. 11).

Additionally, frequently «the global economic slowdown has also inspired companies facing bankruptcy or insolvency to seek funding to pursue claims that may generate cash flow for their businesses or mitigate the risk of losing a 'bet-the-company' dispute» (Bench & Shannon, 2017, p. 11).

As legal doctrine has already revealed, it must be observed that there is a concern that the availability of third-party funding will increase the occurrence of frivolous or speculative lawsuits in some jurisdictions (Abrams & Chen, 2013). The empirical data does not appear consistent, but it generally identifies (especially in the first period) an increase in legal proceedings and costs, and a reduction of settlements. Nonetheless, there is a shared notion that a certain level of control derives from the fund's initial investigation²⁵ as to the veracity and base of the claim²⁶. The Texas Court of Appeals stated that:

creation of new funds daily.⁷ By one account, it currently represents a USD 5 billion market in the U.S.».

²⁴ On the relationship between funds and insurance companies cfr. Seidel, 2011.

²⁵ On the reasons that determine the choice of funds, lawyers and clients to use financing cfr. Bogdan, 2014; Seidel, 2013.

²⁶ The fund IMF Ltd lists among factors considered: «(a) the strength of [the] claim; (b) the type of claim; (c) when [the] claim arose; (d) the jurisdiction in which [the] claim will be heard; (e) the amount of [the] claim; (f) any legal or factual difficulties; (g) the ability of the proposed defendant to pay... ; (h) how much documentary evidence there is to support [the] claim».

[...] presumably, prior to making an investment pursuant to a similarly structured agreement, an investor would consider the merits of the suit and make a calculated risk assessment on the probability of a return on its investment. An investor would be unlikely to invest funds in a frivolous lawsuit, when its only chance of recovery is contingent upon the success of the lawsuit²⁷.

English case law severely criticized the lack of a control phase in *Excalibur*, a case that was evidently «an elaborate and artificial construct [...] replete with defects, illogicalities and inherent improbabilities» resulting in the case being «essentially speculative and opportunistic»²⁸. In fact, the petitions were «based on no sound foundation in fact or law and so they «met with a resounding, indeed catastrophic defeat»²⁹. The Court's reasoning appears to denote the advantage of conducting - also by the Court itself - a rigorous analysis of a fund's activity³⁰.

The fund's desire to maintain a certain market reputation is also fundamental for the selection of the case. At the same time, speculation cannot be excluded³¹. Still, as highlighted by legal doctrine and case law, the need to facilitate access to justice cannot be forgotten. And that is not all: studies on law and economics suggest that third-party funding may provide a market remedy because they allow «risk averse plaintiffs to act more like they would act if they were risk neutral, allowing them to pursue meritorious cases they would otherwise forego simply because of risk aversion. This suggests that while litigation funding may expand the pursuit of some negative expected value cases, it may provide a significant benefit even for plaintiffs that are not budget constrained in allowing those plaintiffs to pursue meritorious litigation that defendants might otherwise escape or settle on terms that do not reflect case merits» (Heaton, 2018, p. 4).

²⁷ *Anglo-Dutch Petroleum Intern., Inc. v. Haskell*, 193 S.W. 3rd 87, 104-105 (Tex. App. 1st Dist. 2006). What is demonstrated is the fact that funds generally choose to finance proceedings that have approximately 70% or greater chance a favorable outcome.

²⁸ *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Others* [2016] EWCA Civ 1144.

²⁹ *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Others* [2016] EWCA Civ 1144.

³⁰ In this case it is noted how the funds were not registered with the association.

³¹ A fund points out that «the perception that you need strong merits is wrong – there's a price for everything». <https://corporateeurope.org/trade/2013/01/response-critics-profitting-injustice>

The fund's liability for adverse costs that exceed the amount financed may limit the institution's application in frivolous lawsuits. In English case law, a cap on liability was established in *Arkin*. The Court's orientation emphasized numerous criticisms and, in the *Review of Civil Litigation Funding: Final Report* and in *Cook on Costs*, Sir Jackson observes that: «in my view, it is wrong in principle that a litigation funder, which stands to recover a share of damages in the event of success, should be able to escape part of the liability for costs in the event of defeat» (2017).

In order to assess the underlying limitations of liability it is necessary to consider the parties' contractual relationship, and thus the existence of specific agreements that provide for the allocation of risk. The degree by which a fund is involved must additionally be considered. Where only partial funding or limited control is concerned, it appears difficult to discern the existence of an obligation to pay adverse costs that exceed the amount contributed. In contrast, if the funder effectively manages the dispute (for example, by making relevant decisions and/or suggesting procedural strategies) he may be regarded as equivalent to a party, and the imposition of caps may therefore be justified. The need to examine the circumstances of the concrete reality emerges in the decision of the High Court of England in *Sandra Bailey & Others v GlaxoSmithKline UK Limited*³². The dispute concerned an order for security for costs against an insolvent funder. According to the Court, the *Arkin* cap was applicable in the specific proceedings, but was not generally applicable. Indeed, the rationale behind the principle is found in hypotheses of partial funding³³. The judgment could pave the way for limitless liability of funds, potentially frustrating the use of the institution³⁴.

³² [2017] EWHC 3195 (QB).

³³ The Court concludes that «the discretion afforded by CPR 25.14 is very wide. I approach it on the basis that a factor to be considered would be the argument that the *Arkin* cap applied. Equally, however, it would, in my judgment, be wrong to ignore the possibility that the cap may not be treated as applicable in the circumstances of this case... Unless I take into account now the possibility that the cap will not be applied, there is a risk that the security ordered will be insufficient and the ultimate intention of the court of trial (and, perhaps, the Court of Appeal on appeal) so far as the costs are concerned will be frustrated. At the end of the day, the applicability or otherwise of the *Arkin* cap is only one factor to consider on this application. But if I order that more than the present limit of the cap (£1.2m) should be provided, then, subject to one matter, no injustice will be done if ultimately the cap is applied».

³⁴ A more rigorous approach towards funds had already emerged in *Excalibur* where funds were held liable for indemnity costs for the first time.

2. THE FINANCING CONTRACT BETWEEN FUNDER AND PARTY

Although closely related, when analyzing third-party funding of arbitral proceedings it is important to keep distinct the relationship between the funder and the funded party on one hand, and the function of the arbitration on the other. The former is perhaps the most delicate because it has evident repercussions on the latter. It is therefore noteworthy that the third-party funding contract creates the same problems in *civil law* jurisdictions as other so-called «alien» contracts that possess «foreign» elements and consequently require recognition of clauses inspired by foreign legal systems.

In third-party funding contracts, between funder and client arise fiduciary duties of stringent nature which limitations and characteristics are delineated by the contract, as also evidenced by frequent reference to good faith and correctness. Differently, the American Bar and much of legal doctrine contend «the funding agreement between the client and the third-party funder is an arm's-length transaction and does not involve a fiduciary relationship—in contrast to the lawyer-client relationship—the client may legitimately bestow rights on the third-party funder, including the right to discharge counsel and make strategic decisions about the course of the litigation»³⁵. However, it is unclear why the funder-funded relationship is considered different from the bank-client or insurer-insured relationship.

The sensitivity of the figure emerges as soon as the pre-contractual phase during which—through disclosure—the fund is made aware of confidential information that it could use to its benefit if it decides not to invest. The Italian legal system, for example, requires parties to behave in good faith during the pre-contractual phase (article 1337 c.c.), which means that hypotheses of third-party funding must be interpreted more rigorously, due to the sensitivity of the case in fact, the nature of the parties, the asymmetry of contracting power and interests at stake. This means that the obligation of confidentiality must be enforced even if the contract is never formed. A different yet analogous problem has to do with the use of information during or after arbitral proceedings have concluded. If funds are permitted to use

³⁵ American Bar Association Commission on Ethics 20/20, Informational Report to the House of Delegates, February 2012, 21-23. www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/20111212_ethics_20_20_alf_white_paper_final_hod_informational_report.authcheckdam.pdf.

confidential information, the fact that they operate in the same sector makes it evident that such use would produce a benefit for funders, and possibly produce distortive effects. The issue must be addressed case by case with an assessment of the parties' effective behavior, but third-party funders appear to be no different from large law firms that make repeated claims and have a wide-reaching market presence. This comparison is evermore manifest considering that nowadays - in light of the ease with which information is obtained - it is difficult to speak of complete confidentiality.

Third-party funding is a complex contract and must hence be drafted with particular care, making it advisable for clients and funds to be assisted by various legal experts³⁶. Clauses that are ambiguous, potentially harmful or possibly invalid should be avoided. Of these we recall the clause that grants the fund the option of «terminating» the contract in the event it deems proceedings as no longer *commercially viable*. Such a clause unquestionably presents elements of invalidity because it completely shifts the risk of litigation to the financed party, leaving absolute discretion to the Fund. What is more, the term of the agreement is so vague that, in the event of a dispute, there is no certainty a third party called to interpret the contract³⁷ will restrict the application of the clause to those cases in which the Fund can lawfully disengage. For instance, when it has not been fully or adequately informed and therefore was unable to fully assess the action or defense. Or, again, in the event the fund terminates the contract because it discovered documents that establish the client willfully presented its case in such a way as to induce the fund to finance litigation. A clause that attributes the power to terminate the agreement when the case is no longer commercially viable evidences the above mentioned problem with the use of information. Indeed, the Fund could decide to terminate based on information received through other proceedings in which it is involved, such as an arbitration award on the same topic that could prompt a change in case law, or if it learns of improved benefits that would result from financing the opposition.

³⁶ The importance of effective client protection by the lawyer, even during the bargaining phase, must be reiterated. The risk is that even the client's lawyer can protect the fund both in order to guarantee financing (and thus its activity) as well as their possible relations.

³⁷ Particular procedures generally provide for the evaluation of the termination's legitimacy.

Both parties must respect the duties provided under the contract. This, however, could be insufficient during the course of their relationship. In this case, the principle of good faith plays a role —as both a criterion of contract interpretation and as a source of an accessory obligation (*Schutzpflichten*)— in ensuring the contract will be performed for the purpose and according to the scope for which it was formed³⁸. For example, the contract must not be interpreted according to the simple, literal meaning of the clause, but it must be enriched with all information necessary to reveal the true intent of the parties. The aspects of duty to safeguard are also connected to the exercisable control of the fund over proceedings. It is clear that the financed subject must guarantee that its lawyers will inform the funder fully and timely so that the funder may ponder and reflect accordingly, and eventually make decisions based on such information. The fund can, therefore, advance the common interest doctrine, generally evoked to grant insurance companies access to information³⁹. Thus, it has been suggested that the financier be regarded as party to the proceedings, with all of the consequences deriving therefrom⁴⁰.

It remains uncertain whether information shared between fund, lawyers and parties is protected by secrecy from the beginning of their relationship, or if it may be object of *discovery* (Alrashid, Wessel & Laird, 2012). This could render the financing agreement impracticable and inefficient. It seems appropriate to regulate this aspect at a contractual level⁴¹ with specific clauses. In fact, various jurisdictions have diverse orientations. In *common law* systems, confidentiality may be protected by invoking:

- the litigation privilege in cases involving information and documents pertaining to the due diligence process;

³⁸ The duty to disclose eventual relations with lawyers, arbitrators, other parties that might constitute a conflict of interest, or any other aspect that could cast doubt on the degree of transparency or impartiality is certainly included among these.

³⁹ In Hong Kong, the power to access Funds is guaranteed by law.

⁴⁰ Colombo & Dai, 2018, correctly assert: «however, this solution creates more problems than it would solve: irrespective of the manifest disproportionality vis-à-vis the purpose of preventing confidentiality/privilege issues, a joinder to the procedure must also be blessed by the acknowledgement of the other party (or parties) involved». This solution would probably be too costly even for the Funds.

⁴¹ The Code of Conduct for Litigation Funders establishes in article 5 that the fund must «observe the confidentiality of all information and documentation relating to the dispute to the extent that the law permits, and subject to the terms of any Confidentiality or Non-Disclosure Agreement agreed between the Funder and the Litigant».

- the common interest privilege that concerns how proceedings are conducted;
- the work product for documents prepared by the fund.

Nonetheless, the content of the agreement remains instrumental. In contrast, in *civil law* jurisdictions it is sufficient for information to be exchanged between the party's lawyers and those of the fund⁴².

The duty to provide timely and complete information only pertains to internal reports: in accordance with ethical principles, lawyers' duty of loyalty only applies to the professional-client relationship (independent of the contract with the fund), and it is doubtful that the fund may also be considered a client. This seems to be one of the more complicated aspects, especially because, in practice, the fund interacts directly with the lawyers and often has frequent contact with these same law firms - not just because of the fund's trust in the firm's experience and ability, but also because the fund may be referred clients or receive leads on potential proceedings to finance. If not properly managed, this close relationship with the fund can cause tension or create a conflict of interest (which might be abused with relation to compensation, knowing that the fund is backing the costs). Indeed, we are dealing with a hypothesis in which there are duties only toward the represented party, but «there are effectively two clients». Particular attention must be given to this aspect when the client is not a multinational or large company, but is actually weak.

There are also different views about the possibility of entrusting the fund with complete and absolute management of the proceedings, allowing it to nominate and discharge professionals. This is allowed in the Australian system, while the English system is more conservative⁴³. However, Excalibur

⁴² Goldsmith & Melchionda, 2012. Contra Alrashid, Wessel & Laird, 2012. The common law practitioner should take care when considering representation of clients in civil law arbitral contexts. An expectation of privilege where all parties to the arbitration are grounded in the civil law, with a *lex arbitri* and seat also entrenched in a civil law jurisdiction, leaves open the possibility that an arbitral tribunal (knowing of the disclosure of documents to a third-party funder) would order such documents to be produced, if requested by the opposing party, and deemed relevant and material to the outcome of the case.

⁴³ For example, the ALF code of conduct prohibits the fund from «[seeking] to influence the Litigant's solicitor or barrister to cede control or conduct of the dispute to the Funder».

Ventures LLC v. Texas Keystone & Ors⁴⁴ illustrates a recent receptiveness of English courts with regard to third-party funding. In particular, the majority opinion in this case draws attention to the fact that «as the judge pointed out, champerty involves behaviour likely to interfere with the due administration of justice. Litigation funding is an accepted and judicially sanctioned activity perceived to be in the public interest. What the judge characterised as ‘rigorous analysis of law, facts and witnesses, consideration of proportionality and review at appropriate intervals’ is what is to be expected of a responsible funder—as the ALF to some extent acknowledges and as did some of the funders in this case in their evidence presented to the judge—and cannot of itself be champertous. I agree that, rather than interfering with the due administration of justice, if anything such activities promote the due administration of justice. For the avoidance of doubt I should mention that on-going review of the progress of litigation through the medium of lawyers independent of those conducting the litigation, a fortiori those conducting it on a conditional fee agreement, seems to me not just prudent but often essential in order to reduce the risk of orders for indemnity costs being made against the unsuccessful funded party»⁴⁵.

The question remains uncertain in Italy because, if it is true that performance of professional services are personal in nature, and such services are intended to be performed by the fund and not the lawyer, then the performance of professional services by a fund could result in the violation of article 2231 cc. (which regulates the exercise of intellectual professions) and invalidate the contract. It should be noted that fund involvement is not necessarily disadvantageous for the party because, being an experienced claimant; the fund might offer useful suggestions and/or guidance. Such observation has been confirmed in practice as lawyers might find that funds are valuable interlocutors that contribute to the strengthening of the party’s defense by suggesting useful arguments. Part of the literature⁴⁶ suggests that hands on approach might be a natural evolution of diversified funds. This notion is based on a series of considerations, including the variety of services such funds

⁴⁴ [2016] EWCA Civ. 1144.

⁴⁵ [2016] EWCA Civ. 1144.

⁴⁶ Seidel, 2011: «Overall, replacing the hands off approach with an enhancement approach would improve what the industry delivers, what the market receives, and what the courts experience. That will serve all interests, will enhance civil justice for all».

offer. For instance, the enforcement phase of an arbitral award illustrates one particularly useful way in which funds might benefit parties because their competence and experience in such matters is often superior to that of the representing law firm's. In fact, this is precisely one of the areas in which funds are expected to be capable of offering first-hand consultancy. Therefore, according to these scholars, the choice regarding the amount of control given to the fund must be left to the parties. Nonetheless, third-party funding cannot become an instrument to circumvent limitations that some legal systems impose with regard to either contingency fee agreements or professional partnerships with non-lawyer partners. Rather, a balance must be found between the fund's interest—as stated by the High Court of Australia, the fact that «a person who hazards funds in litigation wishes to control the litigation is hardly surprising»⁴⁷—and the necessity to protect the client.

The duty of to act in good faith is particularly important when a settlement is reached, as the decision to settle could trigger a conflict of interest between the fund, the client and the lawyer. There is usually a general contractual provision that establishes the obligation to provide information to the Fund⁴⁸, for which assent is often necessary but cannot be unreasonably refused, and the reasonableness must be benchmarked against the interest of the client and not that of the Fund. A clause to the contrary does not seem valid. Consequently, the client is not under obligation to accept the Fund's advice to settle. If the client refuses to settle due to lack of assent by the Fund, and the arbitral award is less favorable than the terms of the proposed settlement, the Fund could be found liable for damages equal to the monetary difference between the arbitral award and the proposed settlement terms. On the other hand, if the client refuses settlement based on the fact that a third-party has undertaken to incur the costs of litigation, the Fund may terminate the contract (in cases of fundamental breach) and/or claim damages if result of proceedings is negative (or less positive than the proposed settlement).

Lastly, the determination of the fund's share of a positive judgment or award—which, in international arbitrations, generally ranges from 15 to 50%—

⁴⁷ Fostif cit.

⁴⁸ In this context the ALF establishes whether (and if so how) «[the funder may] provide input to... decisions in relation to settlements».

constitutes a decisive factor. It should be noted that, when determining the fund's share, one must be cautious that the percentage is not suspect of usury (especially when the share is determined in relation to the duration of proceedings) which, for example, is regulated in the Italian legal system by article 644 c.p. This is applicable whether the contract is governed by Italian law or performed in Italy because it would obstruct the principle of public policy. But even if the agreed sum is not deemed usury, the system provides remedies for the borrower. Firstly, the pervasiveness of the principle of cooperation established by articles 1337 and 1375 c.c., as well as the principle of equity established at article 1374, could be used to reduce the fund's premium in light of the circumstances. Secondly, parties who enter into contract out of necessity are protected by the articles governing rescission (i.e. articles 1448 e seg. of the Italian c.c.), which courts tend to interpret more broadly than the black-letter of the law might suggest. And one must mention the Court's controversial and frequent citation of the concrete «causa» of the contract, which characteristics vary depending on the angle of the case. When it comes to third-party funding contracts, these sorts of contracts may be instrumental in preventing an excessive compression of the financed party's economic interests, therefore reducing the risk that the advantage received is disproportionate or inadequate compared to the value of the proceedings. This point is delicate in *civil law* systems due to the strong attention, albeit not always clear, to contractual power asymmetry. It must be observed that Argentina, in an investment arbitration, sought the annulment of the arbitral award because the fund was the only effective beneficiary of the proceeds of the proceedings⁴⁹.

3. DELICATE ASPECTS OF THE FINANCING OF ARBITRAL PROCEEDINGS

With respect to the problem of the functioning of arbitration, the main topic of discussion has to do with the existence of the obligation to disclose the financing agreement (Scherer, 2013). Although legal doctrine is almost unanimously in favor of disclosure, in practice third-party funding agreements are not revealed. Often it is the client who does not want to communicate the involvement of the fund, whether for reasons connected

⁴⁹ Specifically, the dispute in which Argentina challenged Marsans Group financed by Burford Capital.

to its image or because it does not want to raise questions related to the ability to pay adverse costs. Above all there is a concern that the conditions of financing will become known, and that these might reveal predictions about the validity of the claim. Additionally, in many legal systems it is doubtful that English case law applies to claims that the losing party must reimburse the costs incurred by the fund, which would increase the cost of arbitral proceedings. Moreover, in investment arbitrations, third-party funding is becoming increasingly promoted due to the fact that third-party funding has in some cases brought benefits such as increased shareholder value of publicly traded funds. Promotion could, on the one hand, increase with the diffusion of third-party funding and the increased role of funds in litigation proceedings. On the other hand, the same law firms that announce the acquisition of clients or proceedings could also increase the number of problems associated with third-party funding.

This is a central point because it could have repercussions on the independence and impartiality of Arbitrators (Colombo & Dai, 2018; Trusz, 2012). The primary risk is that the third-party funding agreement and its eventual relationship with a member of the Arbitral College⁵⁰ are discovered during the proceedings or even after the award, undermining the entire procedure. It is clear that the existence of a duty of disclosure will depend on the existence of specific rules⁵¹, from regulations of Chambers of Arbitration (Forni, 2013) to codes of conduct⁵². Indeed, the institution's lack of diffusion may be why many legal systems, including Italy, do not provide for third-party funding (even if it could be introduced). Rather, it must be highlighted how both Singapore and Hong Kong provide that third-party funding agreements must be disclosed: in Singapore the burden falls on the lawyers⁵³, while

⁵⁰ Consider, for example, the fund that is a client of the law firm where the arbitrator works.

⁵¹ A contribution may be made by EU legislation that in the latest investment treaties addresses the issue of third-party funding by imposing its disclosure. Still, a punitive mechanisms appears inexistent, El Harti Alonso, 2018.

⁵² Under the 2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest the parties should disclose any relationship, either direct or indirect, between the arbitrator and one of the parties, being the concept of «party» extended «to relationships with persons or entities having a direct economic interest in the award to be rendered in the arbitration, such as an entity providing funding for the arbitration».

⁵³ «In addition, the Legal Profession (Professional Conduct) Rules will be amended to impose a duty on lawyers to disclose the existence of any third-party funding which their client is receiving... Disclosure of third-party funding is necessary to ensure there is no conflict of interest... It is

Hong Kong places it on the parties⁵⁴. One possible incentive to be more transparent and disclose the existence of a funding agreement could stem from the orientation of the High Court of Justice in *Essar v. Norscot*⁵⁵. The case dealt with an ICC arbitral procedure with seat in London in which Norscot had received financing for a sum of £647,000 and had agreed, in the event of a victorious outcome, to repay 300% of the investment and 35% of the liquidated damages. The sole arbitrator ruled in favor of Norscott and granted its request for reimbursement of costs, including the sum owed to the fund. Article 59(1) of the Arbitration Act 1996 provides that «the costs of the arbitration» comprises, in addition to the fees and expenses of the arbitrator and arbitral institution, «the legal or other costs of the parties». The motivation of the decision is found in the fact that Essar, by refusing to pay sums provided under contract, violated the duty to act in good faith to the economic detriment of Norscott, and effectively forced Norscott to obtain financing in order to bring action. Moreover, the agreed sum was reasonable according to market standards, as demonstrated by Norscott. The Court, called to decide on the award's validity, confirmed the judgment. Based on a functional analysis of article 59 (1) it is affirmed that the arbitrator had not exceeded his power:

[...] as a matter of language, context and logic, it seems to me that 'other costs' can include the costs of obtaining litigation funding. The expression should not be confined by some legal straightjacket imposed by reason of what a court might or might not be permitted to order. All that this conclusion entails is that such litigation funding costs falls within the arbitrator's general costs discretion. Whether and, if so, how the arbitrator exercises that discretion in any particular case is an entirely different matter. Indeed, the ICC bulletin at para. 93 reminds one that the overall requirement of reasonableness can act as an important check and balance here⁵⁶.

anticipated that similar to other jurisdictions where third-party funding is prevalent, industry-promulgated guidelines or best practices will emerge» (Third-party Funding in Asia: whose duty to disclose?).

⁵⁴ The communication must take place within 15 days from the conclusion of the agreement. The term is consistent with the 2010 UNCITRAL Rules.

⁵⁵ (*Essar Oilfields Services Limited v Norscot Rig Management PVT Limited* [2016] EWHC 2361.

⁵⁶ [2016] EWHC 2361.

It is clear how, in this case, the liquidation of financing costs is used to sanction serious misconduct. However, such an extension of scope raises concern and would be unreasonable in cases in which a party seeks funding based on a calculated entrepreneurial decision, or because it finds itself in economic difficulty for reasons unrelated to its conduct. Although this could translate to increased disclosure of agreements⁵⁷, it would also produce elevated arbitral costs and market distortion due to the consistent need to obtain financing, becoming a sort of required form of insurance. The subjects who must incur for various reasons, such as the increased difficulty of obtaining financing when one is the defendant, an apparently⁵⁸ less founded claim, inexperience or lack of awareness of the possibility of concluding third-party funding agreements the entire cost of the proceedings would find themselves in a particularly vulnerable situation. An institution that was created to facilitate the access to justice and correct asymmetries would transform into a source of inequality. Moreover, it would impose the duty already imposed on lawyers and subject of current debate to inform parties of the possibility to seek financing.

Another problem has to do with whether the content of the agreement must be revealed. Based on the 2017 SIAC Investment Arbitration rules, the arbitral tribunal may order that «[w]here appropriate, details of the third-party funder's interest in the outcome of the proceedings, and/or whether or not the third-party funder has committed to undertake adverse costs liability» must be disclosed. Except for in exceptional circumstances, it still seems preferable to hold secret the conditions of the agreement even its existence is disclosed. This solution is supported by both theoretical and practical arguments. Confidentiality must be guaranteed for privacy reasons connected to the ability to deduce information related to the party's case from the terms of the agreement, which could be exploited in different contexts or for purposes other than those for which they were originally intended. The relevance of the information that may be revealed makes confidentiality one of the funded party's fundamental rights. Additionally, the fund's predictions

⁵⁷ The opposite could also happen. That is, if disclosure of the agreement is required, liquidation of costs would be requested and received more frequently.

⁵⁸ It should be noted that this aspect is delicate. Not necessarily a party that seems disadvantaged in the preliminary phase can not win the dispute: there could be a change in the case law, more effective procedural choices, a more advantageous *discovery*.

regarding the outcome of the controversy could have an implicit influence on the decision of the Panel. This could cause, in the end, a decrease in the use of third-party financing.

The arbitrator's position is different. If the arbitration is institutional, there is a disclosure requirement. The party who receives funding is hence obliged to disclose knowledge (if any) of eventual relationships with funds⁵⁹, including any advice received, investments made or shares of gains promised. Despite the IBA guidelines establish that «an arbitrator is under a duty to make reasonable enquiries to identify any conflict of interest, as well as any facts or circumstances that may reasonably give rise to doubts as to his or her impartiality or independence», it is clear that the arbitrator must merely behave diligently and is not required to rigorously investigate whether the proceedings have been financed. Consequently, it may be argued that, when there is reason to believe a party has received funding, the arbitrator has a duty to inquire about the existence of a third-party funding agreement (but this requirement is certainly different than a duty to conduct investigations personally). This duty also exists in ad hoc arbitrations. However, notwithstanding ad hoc arbitrations enjoy a greater degree of flexibility, this duty stems from the principle of contractual good faith⁶⁰. The Panel may, instead request clarification regarding the involvement of a fund only when there are substantial elements that threaten the transparency or proper execution of proceedings.

The possibility of an arbitrator being appointed multiple times in proceedings involving the same fund relates to the question of repetitive players and the so-called double hat syndrome, which are two of the most widely debated topics in arbitration (especially international arbitration) and produce inevitable consequences for arbitrators themselves. Indeed, these questions relate to a fairly closed world where the desire that only capable and expert persons assume the role of arbitrator means that the same people are constantly chosen to adjudicate categories of disputes. This also happens for the law firms and lawyers involved. However, it is obvious that in a system

⁵⁹ IBA Guidelines, Standard 7 (d).

⁶⁰ The role of the principle of good faith in international arbitration is emphasized by Cremades (2013).

with these characteristics, the introduction of another player whose sole interest is economic gain must be considered carefully.

The repeated appointment of an arbitrator does not and should not mean his appointment is necessarily challengeable. Though it is possible for the Fund to have a say in the appointment of the arbitrator (and also that of the lawyers⁶¹), this behavior is justified precisely by the necessity to safeguard its investment as best as possible. Especially in proceedings that are particularly technical and specific, the frequent appointment of the same arbitrator(s) derives from the level of trust in that person. Trust: not in a favorable decision no matter what the cost, but in a certain competency and capacity to arrive at the right solution. This is —on the one hand— one of the functions of arbitration and the benefit for which the parties opt for this sort of procedure instead of ordinary legal proceedings. On the other hand, the independence and impartiality of an arbitrator —insomuch as they have to do with a certain «forma mentis»— cannot be based (in part or exclusively) on the contiguity of professional expertise or intellectual integrity. Nothing guarantees that an arbitrator, despite it being his first appointment by a party, will not try to benefit from favoring the appointing party. The Arbitral Chambers could play a role —not to check that awards reflect a proper resolution of the merits (as the ICC sometimes does) or to intervene in a specific arbitration— by verifying that proceedings (including the Panel's motivation of an award, from which it is possible to deduce information about the quality of the arbitration) have been conducted in respect of principles of fairness and transparency. Accordingly, the problem with the relationship between the fund and the arbitrator becomes less relevant because it is mediated by the law firm and is often residual compared to the relationship between the fund and the lawyer.⁶² is the real center all the relations.

⁶¹ Scherer, Goldsmith & Flechet (2012) pp. 215 warn that «all of the funders stated that the choice of counsel is an important one. In practice, none of them would agree to fund a case where they do not agree with the choice of legal counsel selected by the party seeking funding. As explained by one funder, funding could be refused for this sole reason even where all remaining criteria to select a case are satisfied».

⁶² Some aspects are examined by Kaplan, 2013.

4. AN EVOLVING INSTITUTION

No conclusions may be drawn with regard to third-party funding. It is just at the beginning. The concerns that the institution raises must be resolved pragmatically by the legal and economic system, avoiding rearguard critiques or insincere moralisms. When a figure is imposed in international practice⁶³, reluctance to accept it only slows its entry but does not impede it. It is impossible to predict whether third-party funding will be accepted across legal systems or if it will fall in decline: but it *is* a market problem. The legal world will (or otherwise will have to) adapt. Nevertheless, a clear discipline and framework seems necessary (Rogers, 2014) to avoid harming either the parties that require precise and calculable rules, or the economic and entrepreneurial system. The instruments that incentivize the access to justice, although they respond to social needs, may indeed be easily abused and distorted, thus making it advisable that they be monitored (Yeoh, 2016). When the market for justice is opened (Steinitz, 2015) to finance, the developments are unforeseeable and the consequences must be evaluated.

REFERENCES

- Abrams, D. & D. Chen (2013). A market for Justice: A first empirical look at third-party Litigation Funding. *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 15, 1075-1109.
- Alrashid, M.; Wessel, J. & J. Laird (2012). Impact of Third-party Funding on Privilege in Litigation and International Arbitration. *Dispute Resolution International*, 6, 101-129.
- Bao, C. (2017). Third-party Funding in Singapore and Hong Kong: The Next Chapter. *Journal of International Arbitration*, 34, 387-400
- Bench Nieuwveld, L. & V.S. Sahani (2017). *Third-party Funding in International Arbitration*. Kluwer.
- Bogart, C. (2013). Third-party funding in international arbitration. *Burford*, 22. www.burfordcapital.com/articles/third-party-funding-in-international-arbitration.
- Bogdan, M. (2014). The Decision making Process of Funders, Attorneys and Claimholders. *The Georgetown Law Journal*, 103, 197-225.

⁶³ On the reasons for entrepreneurial litigation cfr. Coffee Jr., 2016.

- Cremades, B. (2013). Concluding remarks. En B. Cremades & A. Dimolitsa (eds). *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration* (pp. 153-156). Paris: ICC Publishing.
- Coffee Jr., J. (2016). The Globalization of Entrepreneurial Litigation: Law, Culture and Incentives. *University of Pennsylvania Law Review*, 165, 1895-1925.
- Colombo, G.F. & Y. Dai (2018). A Short Theoretical Assessment on Third-party Funding in International Commercial Arbitration. *Nagoya University Journal of Law and Political Sciences* (forthcoming).
- De Morpurgo, M. (2011). A Comparative Legal and Economic Approach to Third-party Litigation Funding. *Card. J. of Int'l & Comp. Law*, 19, 343-412.
- El Harti Alonso, M. (2018). The Case for an EU Protagonist Role on Third-party Funding Regulation. *Law and Justice in the Americas Working Paper Series*, 11.
- Forni, S. (2013). Il Third-party funding nell'arbitrato internazionale. *I Contratti*, 10, 965-968.
- Galanter Marc, G. (1974). Why the «Haves» Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review.*, 9, 95-160.
- Gayner, O. & S. Khouri (2017). Singapore and Hong Kong: International Arbitration Meets Third-party Funding. *Fordham International Law Journal*, 40, 1033-1046.
- Goldsmith, A. & L. Melchionda (2012). Third-party Funding in International Arbitration: Everything You Ever Wanted to Know (but Were Afraid to Ask). *Journal of International Business & Law*, 1, 53-76
- Heaton, J.B. (2018). *Litigation Funding: An Economic Analysis*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3105702(2012)
- Kalajdzic, J.; Kenneth Cashman, P. & A. Longmoore (2013). Justice for Profit: A Comparative Analysis of Australian, Canadian and U.S. Third-party Litigation Funding. *American Association for the Comparative Study of Law*, 61(2), 93-148.
- Kaplan, C. (2013). Third-party funding in International Arbitration. Issues for counsel. En B. Cremades & A. Dimolitsa (eds.). *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration* (pp. 70-77). Paris: ICC Publishing.
- Lyon, J. (2010). Revolution in Progress: Third-party Funding of American Litigation. *UCLA*, 58, 571-609.
- Radin, M. (1936). Maintenance by Champerty. *Cal. L. Rev.*, 24, 48-78.

- Richey, J.G. (2013). Tilted Scales of Justice. The Consequences of Third-party Financing of American Litigation. *Emory Law J.*, 63(2), 489-525.
- Rogers, C. (2014). *Ethics in International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Rowles-Davies, N. (2014). *Third-party Litigation Funding*. Oxford: Oxford University Press.
- Salerno, T. & J. Kroop (2018). Third-party Litigation Funding: Where do we go now? *ABI J.*, 37.
- Santosuosso, T. & R. Scarlett (2018). Third-Party Funding in Investment Arbitration: Misappropriation of Access to Justice Rhetoric by Global Speculative Finance. *Law and Justice in the Americas Working Paper Series*, 8.
- Scherer, M.; Goldsmith, A. & C. Flechet (2012). Third-party Funding In International Arbitration in Europe: Funders' Perspectives (to be promptly followed by a second roundtable focusing on legal and ethical issues related to third-party funding, particularly from a civil law perspective). *Revue de Droit Des Affaires Internationales*, pp. 207-220.
- Scherer, M. (2013). Third-party funding in international arbitration: towards mandatory disclosure of funding agreements. En B. Cremades & A. Dimolitsa (eds.). *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration* (pp. 95-100). Paris: ICC Publishing.
- Seidel, S. (2011). Insurers Today, Third-party Funders Tomorrow? *Insurance Day*. <http://fulbrookmanagement.com/2011/10/29/insurers-today-third-party-funders-tomorrow/>.
- Sebok, A. (2011). The Inauthentic Claim. *The Vanderbilt Law Review*, 64, 61-138.
- Seidel, S. (2011). «Control» in Third-party Funding: a Doctrine Out of Control. *CDR Magazine*. <https://fulbrookmanagement.com/control-in-third-party-funding-a-doctrine-out-of-control/>
- Seidel, S. (2013). Third-party investing in international arbitration claims: To invest or not to invest? A daunting question. En B. Cremades & A. Dimolitsa (eds.). *Dossier X: Third-party Funding in International Arbitration* (pp. 16-31). Paris: ICC Publishing.
- Shannon Sahani, V. (2016) Judging Third-Party Funding. *UCLA Law Review*, 63, 388-448.
- Shepherd, J. (2011). Ideal Versus Reality in Third-Party Litigation Financing. *The Journal of Law, Economics & Policy*, 8, 593-611.
- Steintz, M. (2011). Whose Claim Is This Anyway? Third-Party Litigation Funding. *Minnesota Law Review*, 95, 1268-1338.

- Steintz, M. (2015). Incorporating Legal Claims. *Notre Dame Law Review*, 90, 1155-1210.
- Trusz, J. (2013). Full Disclosure? Conflicts of Interest Arising from Third-party Funding in International Commercial Arbitration. *The Georgetown Law Journal*, 101, 1650-1682.
- Yeoh, D. (2016). Third-party Funding in International Arbitration: A Slippery Slope or Levelling the Playing Field? *Journal of International Arbitration*, 33, (1), 115-122.
- Von Goeler, J. (2016). *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*. Kluwer.

INTERPRETAZIONE DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA E DEROGA DELLA GIURISDIZIONE ORDINARIA: PROBLEMI E TENDENZE DEL DIRITTO ITALIANO

Mauro Grondona

1. IL QUADRO NORMATIVO

Nel 2006, il legislatore italiano, con decreto legislativo 40 (il testo è in Appendice, *sub* II), ha modificato profondamente (all'insegna, lo si può già anticipare, del *favor arbitrati*) le disposizioni del codice di procedura civile in materia di arbitrato (articolo 806 e ss.).

In particolare, vanno qui richiamati quattro articoli (uno di essi sarà al centro dell'analisi condotta in queste pagine):

- articolo 806 (Controversie arbitrabili), comma 1: «le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge»;
- articolo 807 (Compromesso), comma 1: «il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia»;
- articolo 808 (Clausola compromissoria): «le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807. La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere

di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria»;

- articolo 808-*quater* (Interpretazione della convenzione d'arbitrato): «nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce».

Nelle pagine che seguono ci soffermiamo in particolare sull'articolo 808-*quater* (Zucconi, 2016; Salvaneschi, 2014), a partire dal quale si è sviluppata un interessante vicenda giudiziaria italiana, senza dubbio istruttiva per ogni cultore dell'arbitrato e che rappresenta senza dubbio una tappa decisiva nell'ormai lungo processo volto ad attribuire all'arbitrato 'pari dignità' rispetto alla giurisdizione statale.

Come la dottrina ha subito osservato (e come ancora ribadiremo), la norma appena citata è di importanza fondamentale, perché esprime un radicale mutamento di rotta del legislatore italiano: da un lato, appunto il recepimento legislativo del *favor* per l'arbitrato; dall'altro lato, una lettura ampia del patto compromissorio; aspetti intorno ai quali già da tempo si era creato un consenso dottrinale, se non unanime, molto ampio¹.

Tutto ciò ha condotto all'affermazione per cui l'articolo 808-*quater* ha rovesciato l'interpretazione della convenzione di arbitramento: se, attraverso i tradizionali criteri di ermeneutica contrattuale, il giudice perviene al sicuro (diciamo pure granitico) convincimento che le parti non hanno inteso escludere dalla competenza arbitrale alcune specifiche controversie nascenti dal contratto, l'ordinamento impone al giudice di interpretare estensivamente la portata oggettiva della clausola compromissoria, sino a ricomprendervi qualsiasi controversia derivante dal contratto di cui la clausola fa parte².

¹ Così, infatti, Mezzetti & Di Toro, 2017, p. 109, ove riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

² Ancora Mezzetti & Di Toro, 2017, p. 109, ove specifici riferimenti dottrinali.

2. L'INTERPRETAZIONE DELLA CONVENZIONE DI ARBITRATO: PREVALENZA DELL'ARBITRATO O DEL FORO STATUALE? LA FATTISPECIE CONCRETA

Veniamo così alla fattispecie e al provvedimento giudiziario. Una recente ordinanza della Corte di cassazione italiana³ ha affrontato la spinosa, ma non insolita⁴ —nella prassi internazionale— (Bortolotti, 2012, pp. 92 e ss.), questione (che a volte sorge per mera trascuratezza delle parti)⁵, della compresenza nello stesso contratto di una clausola compromissoria e di una clausola di elezione del foro (Mezzetti & Di Toro, 2017, p. 105).

La questione ha una primaria portata pratica, e al contempo (come del resto spesso, per non dir sempre, accade) ha un rilievo teorico centrale, soprattutto (viste le cose con gli occhi del giurista italiano) dopo la fondamentale riforma del 2006.

La Corte ha condivisibilmente argomentato sulla base del principio del *favor arbitrati*, introdotto appunto nel 2006.

Occorre subito aggiungere come l'ordinanza *de qua* sia particolarmente apprezzabile, oltre che per la soluzione adottata, per il percorso argomentativo e soprattutto per lo stile motivazionale: asciutto, stringente, dialogante con

³ Corte di cassazione, 14 ottobre 2016, n. 20880 (ordinanza). In Appendice (sub I) si può leggerne il testo integrale.

⁴ Mezzetti & Di Toro, 2017, p. 108: «Simili formulazioni delle clausole di risoluzione delle controversie [...] non sono rare nella prassi dei contratti commerciali internazionali, che tende a una regolamentazione il più possibile completa del rapporto e dove quindi talvolta si affianca alla clausola compromissoria anche l'indicazione di un foro competente per tutte quelle controversie non compromettibili, oppure per l'ottenimento di tutte quelle misure non emanabili dagli arbitri (si pensi alla materia cautelare e all'istruzione preventiva). Così facendo, i contraenti intendono regolamentare in modo compiuto ed esplicito —pur, come osserva la Corte, in prospettiva meramente dichiarativa rispetto all'assetto legislativo— anche quegli aspetti delle controversie che esulano, di per sé, dalla potestas iudicandi degli arbitri».

⁵ Salvaneschi, 2014, p. 193: «Appartiene [...] al tema della non corretta redazione della clausola compromissoria la prassi di accompagnare la clausola stessa con pattuizioni di elezione del foro, sia in pieno contrasto con la scelta per il giudice privato, sia in un tentativo di coordinamento che ne regoli la corrispettiva sfera di cognizione e di decisione rispetto alle controversie specificamente devolute al giudice ordinario». Naturalmente, questo rilievo va letto con l'avvertenza che nulla vieta alle parti di confezionare una clausola compromissoria nella quale sia con precisione distinto ciò che è dell'arbitrato e ciò che è del giudice statale. Si tratterà dunque (come anche la vicenda di cui ci occupiamo in queste pagine bene mostra) di svolgere un'accurata indagine ermeneutica al fine di non mortificare la strategia seguita dalle parti (sempre che essa abbia una ragione economico-giuridica idonea a configurare un interesse sostanziale e processuale meritevole di tutela).

le difese delle parti. È un testo, a mio avviso, molto utile per l'operatore pratico nonché per l'accademico (in Appendice, *sub* II, il lettore trova il testo integrale dell'ordinanza).

La vicenda trae origine da un contratto stipulato tra un'impresa italiana e la *subsidiary* statunitense di altra impresa italiana: il contratto ha ad oggetto la distribuzione esclusiva in Canada e gli Stati Uniti d'America dei prodotti sportivi fabbricati dalla società italiana. L'accordo, in particolare, concerne la distribuzione di due categorie merceologiche (prodotti per il ciclismo e per *snowboard*) e prevede per ciascuna categoria dei quantitativi minimi di acquisto (Mezzetti & Di Toro, 2017, p. 106).

È accertato che tali quantitativi minimi non sono mai stati acquistati. In conseguenza dell'inadempimento, ad avviso della società attrice, si è verificata l'ipotesi contrattualmente prevista di risoluzione automatica del contratto (in forza di clausola risolutiva espressa); la citazione in giudizio, davanti al tribunale di Treviso, non tende dunque all'ottenimento di una sentenza costitutiva che pronunci giudizialmente la risoluzione del contratto (già intervenuta *ipso iure*), ma una sentenza che, accertando l'intervenuta risoluzione per inadempimento, condanni le convenute, in solido, al risarcimento del danno subito dalla società produttrice.

Le società convenute eccepiscono l'incompetenza del tribunale ordinario, in ragione della clausola compromissoria contenuta nel contratto.

3. ARGOMENTI A FAVORE DELLA GIURISDIZIONE STATUALE

Il tribunale rigetta l'eccezione di incompetenza, sulla base del seguente argomento: la clausola compromissoria, per come è stata formulata dalle parti, ha un contenuto duplice. Essa, infatti, contiene sia una convenzione di arbitrato, sia l'indicazione della giurisdizione di un determinato foro (appunto quello di Treviso). Ciò fa sorgere il dubbio circa l'effettiva volontà delle parti di deferire la decisione della causa agli arbitri e non invece al giudice ordinario. Di fronte a siffatto dubbio deve prevalere l'interpretazione della clausola che affermi la giurisdizione statale.

Siffatta presa di posizione non stupisce il giurista italiano, poiché, prima del 2006, questo era l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, la quale,

nel dubbio, era incline a ritenere sempre e comunque prevalente la volontà di adire l'autorità giudiziaria, quale giudice naturale⁶.

E si può aggiungere che, anche dopo il 2006, la giurisprudenza italiana mostra senza dubbio più d'una resistenza nel riconoscere appieno il principio del *favor arbitrati*. Vi sono pronunce recenti le quali, anche quando in effetti non è applicabile, *ratione temporis*, la riforma del 2006 (e in particolare il criterio di interpretazione *pro arbitrato* di cui, appunto, all'articolo 808-*quater*), argomentano come se dovesse tuttora applicarsi sempre e comunque l'interpretazione restrittiva della clausola compromissoria, a tutto favore della giurisdizione statale⁷.

Ma torniamo alla vicenda che ci occupa. Il tribunale, in particolare, nega che l'articolo 808-*quater* abbia sancito il principio della prevalenza della competenza arbitrale; a suo avviso, infatti, tale disposizione si riferisce unicamente all'estensione e all'ampiezza della convenzione di arbitrato, una volta che questa convenzione possa però ritenersi (all'esito di un procedimento ermeneutico) corrispondente alla effettiva volontà delle parti di ricorrere

⁶ Così Zucconi, 2016, p. 227. L'Autrice, appunto con riferimento a quelle pattuizioni rispetto alle quali insorge contrasto circa l'effettiva volontà delle parti (se esse abbiano voluto compromettere in arbitri o abbiano invece preferito la via statale), ivi osserva quanto segue, che è utile riferire nella sua integralità: «Talvolta, per via di un imperfetto dettato negoziale, si pone il problema di capire se le parti abbiano voluto scegliere l'arbitrato o abbiano invece preferito la via statale per la soluzione dei loro conflitti. Accade, ad esempio, che in un contratto, accanto alla clausola compromissoria, vi siano accordi con essa contraddittori, come la deroga al foro competente; oppure che si ritrovino clausole compromissorie e clausole del foro in contratti fra loro strettamente collegati. L'orientamento della giurisprudenza di legittimità è incline a ritenere sempre e comunque prevalente la volontà di adire l'autorità giudiziaria, "quale giudice naturale". La dottrina ha criticato questa esegesi, rilevando giustamente che occorre pregiudizialmente verificare se sia possibile far convivere entrambe le scelte, ripartendo la materia fra l'una e l'altra, o, per esempio, valutare la pattuizione sul processo statale come "clausola di chiusura", in caso di estinzione del patto compromissorio. Si tratta, in altri termini, di effettuare un'attenta esegesi dei patti contrattuali».

⁷ Richiamo in particolare due pronunce: Corte di cassazione, 18 gennaio 2017, 1213 e Tribunale di Bologna, 7 novembre 2017, 2470. Nel primo caso, il decreto legislativo 40/2006 (e quindi il principio del *favor arbitrati*) non era in effetti applicabile; e tuttavia è singolare che la Corte, pronunciando in un momento in cui la riforma era già in vigore da ben undici anni, non avverta neppure la necessità di affermare la cesura tra il prima e il dopo. E infatti i giudici richiamano quella diffusa massima che suona (ovvero, sperabilmente, suonava) così: poiché il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione ordinaria, in caso di dubbio in ordine alla interpretazione della portata della clausola compromissoria, deve preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione statale. Nel secondo caso, invece, non c'è dubbio che la riforma del 2006 fosse applicabile, e dunque il ritrovarsi di fronte all'identica massima è segno della erroneità della sentenza del Tribunale di Bologna e di una cultura ostile all'arbitrato piuttosto tenace.

allo strumento arbitrale. Conseguentemente, l'ambigua formulazione della clausola compromissoria non esclude affatto la facoltà delle parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria. Anzi, in chiave interpretativa tale ambiguità gioca contro la competenza arbitrale e a favore della giurisdizione statutale. È una lettura che parte dall'idea della forza propulsiva della giurisdizione statutale a danno della giurisdizione arbitrale.

In altre parole, se sussiste un dubbio interpretativo circa la portata della convenzione di arbitrato, la forza di attrazione verso l'arbitrato *ex* articolo 808-*quater* potrebbe operare se e solo se l'analisi del testo della clausola contrattuale abbia già portato l'interprete ad affermare che le parti hanno senza alcun dubbio inteso ricorrere al giudizio arbitrale. Al contrario, in tutti i casi in cui sia dubbia la volontà delle parti di compromettere in arbitri, la registrata incertezza a monte fa sì che, a valle, operi la forza attrattiva della giurisdizione ordinaria.

Pare evidente che tale argomentazione sia affetta da una indubbia debolezza (come poi la Corte di cassazione ha avuto ampiamente modo di sottolineare), perché simile lettura dell'articolo 808-*quater* senza dubbio sterilizza la portata della disposizione, pervenendone a un sostanziale svuotamento, avendo la norma lo scopo specifico di ampliare e non restringere la *vis attractiva* del giudizio arbitrale.

Le società convenute reagiscono contro questa impostazione e affermano, con ricorso per cassazione, l'incompetenza del giudice ordinario.

4. ARGOMENTI A FAVORE DELLA COMPETENZA ARBITRALE

È utile dare conto degli argomenti individuati dal collegio difensivo delle società convenute di fronte al giudice ordinario, e poi ricorrenti in Cassazione, a favore della tesi della sussistenza della cognizione arbitrale.

Primo argomento. In forza dell'articolo 808-*quater* del codice di procedura civile italiano, nonché degli artt. 24 (con particolare riferimento al suo comma 1: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») e 25 (con particolare riferimento al suo comma 1: «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge») della Costituzione italiana, è errato ritenere, come ha fatto il tribunale, che il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri importi deroga alla giurisdizione del

giudice naturale, e che il giudizio arbitrale non presenti garanzie analoghe a quelle del procedimento dinnanzi al giudice statale.

Dal testo dell'ordinanza non è dato sapere come la difesa abbia strutturato questo argomento.

Sul punto vanno però richiamate due decisive pronunce: una della Corte costituzionale e una della Corte di cassazione. In dottrina si è notato come la nostra ordinanza non richiami nessuna delle due: «Tali precedenti sono forse dati talmente per acquisiti, che nell'ordinanza *de qua* non vengono neppure citati» (Mezzetti & Di Toro, 2017, p. 111).

Su di essi occorre però soffermarsi, pur brevemente, appunto perché si tratta di sentenze⁸ in cui è stato operato un profondo processo di revisione interpretativa dell'arbitrato. In particolare, il risultato è duplice: la facoltà delle parti di rimettere le controversie ad arbitri è stata ritenuta costituzionalmente tutelata; il deferimento delle controversie ad arbitri non può essere più qualificato come deroga eccezionale alla giurisdizione del giudice naturale; il procedimento arbitrale è equiparato alla giustizia pubblica; è anacronistica, pertanto, la tesi del tribunale di Treviso, secondo il quale il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione del giudice naturale, come previsto dalla Costituzione italiana agli artt. 24 e 25⁹.

Secondo argomento. I contratti del commercio internazionale affiancano spesso alla clausola compromissoria l'indicazione di un foro competente per tutte quelle controversie non compromettibili in arbitri, oppure per poter ottenere quelle misure (come ad esempio le misure cautelari) non emanabili da un collegio arbitrale. Di talché, configura un errore nel procedimento di interpretazione della convenzione di arbitrato quanto statuito dal tribunale, ad avviso del quale la coesistenza, in una clausola del contratto, della clausola compromissoria e dell'indicazione del tribunale di Treviso quale foro competente rende incerta la volontà delle parti. In contrario, infatti, le ricorrenti osservano che il tenore letterale della clausola *de qua* del contratto è tale da rendere «palese e indubbia» la volontà compromissoria delle parti.

⁸ Corte costituzionale, 19 luglio 2013, n. 223 e Corte di cassazione, sezioni unite, 25 ottobre 2013, n. 24153.

⁹ Così ancora Mezzetti & Di Toro, 2017, p. 111.

Lo scopo (e dunque il senso) della clausola contrattuale sarebbe perciò quello di restringere il più possibile la competenza giurisdizionale del tribunale. Sì che, soggiunge la difesa, se dovesse sorgere un dubbio sul significato di tale clausola, sarebbe ragionevole domandarsi, al limite, se, ragionando esattamente in contrario rispetto a quanto fatto dal tribunale, le parti non abbiano voluto restringere al massimo la giurisdizione ordinaria e non già la competenza arbitrale (argomentandosi sulla base del *favor arbitrati*).

Terzo argomento. È consequenzialmente errato il corollario che da tali premesse il tribunale ha tratto, cioè che nella clausola contrattuale *de qua* le parti si fossero riservate la facoltà di adire alternativamente, e per tutte le controversie nascenti dal contratto, l'autorità giudiziaria ordinaria oppure il collegio arbitrale; al contrario, proprio sulla base della previsione di cui all'articolo 808-*quater*, la clausola compromissoria avrebbe dovuto essere interpretata estensivamente, e cioè essere riferibile a tutte le controversie nascenti dal contratto (salvo limiti specifici e inderogabili fissati *ex lege*). Pertanto, affermare, come ha fatto il tribunale di Treviso, che la clausola del contratto oggetto di interpretazione era connotata dall'equipollenza tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, comportava —attraverso un percorso argomentativo affetto da illogicità— l'abrogazione tacita dell'articolo 808-*quater*, e comunque la sua disapplicazione.

5. GLI ARGOMENTI DELLA CORTE DI CASSAZIONE A FAVORE DELLA COMPETENZA ARBITRALE

La Corte di cassazione accoglie il ricorso, dichiarando la competenza del collegio arbitrale.

Vediamo allora i passaggi argomentativi lungo i quali si snoda la motivazione.

C'è una premessa, in materia di interpretazione della clausola arbitrale¹⁰, che richiama un consolidatissimo orientamento giurisprudenziale: l'accertamento,

¹⁰ Gli articoli del codice civile italiano in tema di interpretazione sono quelli compresi tra il 1362 e il 1371. In particolare, è utile per il lettore segnalare i seguenti:

articolo 1362 (Intenzione dei contraenti): «Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole.

Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto»;

articolo 1363 (Interpretazione complessiva delle clausole): «Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo il senso che risulta dal complesso dell'atto»;

da parte del giudice, della volontà degli stipulanti in relazione al contenuto del negozio (e quindi delle clausole del regolamento contrattuale) si traduce in un'indagine di fatto, come tale spettante in via esclusiva al giudice di merito: tuttavia, l'accertamento compiuto dal giudice di merito è censurabile in cassazione quando la motivazione sia argomentativamente inadeguata, e cioè quando non consenta la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dal giudice onde attribuire al negozio quello specifico contenuto, ovvero quando il giudice abbia violato i criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss. cod. civ. It (Zucconi, 2016, pp. 225 e ss.).

Si può solo precisare che, spesso, l'inadeguatezza argomentativa è il prodotto di una errata applicazione dei canoni ermeneutici.

Orbene, sulla base di questa premessa, la Corte svolge un ragionamento che può essere ripartito in alcuni passaggi.

Il contratto *de quo* contiene una clausola la quale, nei due commi di cui si compone, prevede che:

- «tutte le controversie che dovessero sorgere in relazione al presente contratto verranno definitivamente decise da un collegio composto da tre arbitri»;
- «il Tribunale competente avente giurisdizione è quello di Treviso».

Ora, facendosi applicazione, rispetto a tale clausola contrattuale, dei criteri di ermeneutica negoziale, risulta che ogni interpretazione 'atomistica' delle clausole è come tale errata, anche quando ciascuna clausola (presa in sé e per sé), o al limite ciascun frammento della singola clausola (come nel nostro caso), possano apparire perfettamente chiari (e, in quanto chiari, perfettamente autonomi rispetto al restante regolamento contrattuale), e

articolo 1367 (Conservazione del contratto): «Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno»;

articolo 1368 (Pratiche generali interpretative): «Le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso.

Nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa»;

articolo 1369 (Espressioni con più sensi): «Le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto».

In dottrina, Pennasilico, 2011.

cioè quali risultanti di una compiuta volontà dei contraenti che solo chiede all'interprete di essere rispettata.

È, siffatta, una classica prospettiva atomistica; il contratto ha certamente una sua unità propria, ma tale unità propria non deriva dalla somma (quasi algebrica) delle varie clausole contrattuali¹¹. Al contrario, l'interprete deve procedere lungo un percorso (a volte senza dubbio più accidentato) che, pur partendo dal testo di ciascuna clausola e quindi dal senso letterale di essa, miri ad accertare nel rapporto reciproco tra i testi (e quindi i contenuti giuridicamente rilevanti) delle varie clausole contrattuali se il significato strettamente letterale (già emerso dalla lettura delle clausole contrattuali considerate una per una) sia conforme alla *ratio* economico-giuridica della pattuizione, e possa quindi essere assunto come 'il' significato del contratto: detto in breve, si tratta di capire se il significato letterale resista o no a una lettura unitaria dell'atto negoziale. Il criterio testualista e atomista, dunque, può essere applicato solo quando esso conduca a un risultato ermeneutico apprezzabile nell'ottica del contratto come intrinseca unità economico-giuridica.

In parole ancora più semplici si può allora dire che il testo contrattuale deve essere in sostanziale armonia con il contesto contrattuale, e cioè le parole del contratto devono essere adeguate al senso economico del contratto. Qui soccorre, infatti, il riferimento al contratto nella duplice ma strettamente unitaria prospettiva dell'operazione economica e della causa concreta: entrambe sono espressioni che si prefiggono di far emergere dall'assetto economico degli interessi in gioco le più opportune regole di funzionamento del contratto, a partire dalle quali dovranno essere risolte tutte le questioni interpretative, anche sul versante della giurisdizione. L'assetto degli interessi concreto è dunque un serbatoio di giuridicità al quale l'interprete deve primariamente attingere, nella logica non oppositiva ma reciprocamente completiva tra contratto e ordinamento giuridico (D'Angelo, 1992).

¹¹ In generale, Capobianco, 2014.

6. INTERPRETAZIONE SISTEMATICA E PRINCIPIO DI CONSERVAZIONE DEL CONTRATTO

Il criterio di interpretazione sistematica di cui all'articolo 1363 è espressamente richiamato dalla Corte quasi a mo' di asse ermeneutico portante. Che tale criterio sia argomentativamente centrale è un punto di forza per la tenuta dell'unitarietà del contratto e a salvaguardia della sua funzione economica, soprattutto quando il contratto abbia una durata temporale significativa e siano dunque necessari più o meno grandi correttivi ai fini della sua sopravvivenza. Correttivi, i quali possono anche trovare un ostacolo nella formulazione letterale delle clausole del negozio; quando ciò avviene, si tratta, però, di un ostacolo solo apparente, superabile appunto, *ope interpretationis*, in forza di un giudizio di opportunità di natura prevalentemente economica. E dunque, a tenore dell'articolo 1363, le espressioni contenute nelle clausole contrattuali vanno comprese nella prospettiva dell'intero regolamento contrattuale, in modo da intendere la singola espressione in funzione del senso complessivo dell'operazione economica.

In questa linea la Corte richiama altresì l'articolo 1367 (principio di conservazione del contratto), intendendosi tale principio non solo nel senso per cui le clausole contrattuali e il contratto, riguardato come una totalità organica, devono essere interpretati affinché possano produrre un qualche effetto (anzi, il maggior effetto utile), ma soprattutto affinché il contratto (sempre ovviamente letto nella prospettiva dell'operazione economica) non risulti in nessuna parte frustrato, e dunque onde evitare che la sua efficacia potenziale possa andare incontro a qualche compressione di effetti, di fronte a quelle che in senso molto ampio possiamo ricondurre alla categoria delle «sopravvenienze».

Conseguentemente, la Corte ritiene —lungo la linea appena sottolineata— che la clausola contrattuale *de qua* non rappresenti in alcun modo un rompicapo interpretativo, né che sussista alcuna contraddizione tra i due commi di cui è composta.

La Corte precisa, in particolare, che è il tenore letterale della clausola contrattuale a rendere «patente ed incontrovertibile la volontà compromissoria dei contraenti».

Questo rilievo ha portato taluno ad affermare che, nonostante i riferimenti espressi agli artt. 1363 e 1367, i giudici hanno poi applicato il canone della stretta letteralità¹². In realtà, si può replicare che non c'è né contraddizione logica, né un atteggiamento reticente o, peggio, ambiguo, da parte della Corte (la quale si sarebbe in sostanza presentata come metodologicamente orientata alla ricostruzione dell'operazione economica nella sua complessità, ma si sarebbe poi invece accontentata dell'immediatezza del significato letterale).

Orbene, non c'è alcuna prevalenza del criterio strettamente letterale in quanto tale: se, come detto, uno dei due pilastri del ragionamento della Corte risiede nell'articolo 1363, ne consegue linearmente che il testo contrattuale non deve rappresentare un ostacolo al funzionamento del contratto; ma nulla vieta, del resto, che il testo contrattuale esprima perfettamente il senso dell'operazione economica (anche in chiave di scelta della giurisdizione, come appunto nel nostro caso). Si tratta allora di capire (e questo è del resto l'aspetto più delicato del procedimento ermeneutico) fino a che punto il testo contrattuale renda più difficile cogliere il senso complessivo dell'operazione economica. Dunque, l'antagonismo testo/contexto sussiste solo nella misura in cui l'interpretazione del regolamento, svoltasi impiegando criteri ermeneutici a base strettamente letterale, impedisca, in realtà, di pervenire all'esatta comprensione del contratto.

Si può del resto aggiungere che l'interpretazione in concreto effettuata dalla Corte non si regge affatto sul solo criterio letterale.

Vediamo dunque nel dettaglio come i giudici di legittimità hanno applicato i ricordati criteri ermeneutici per risolvere lo specifico problema ermeneutico. In sostanza può dirsi che hanno effettivamente tenuto in particolare conto della regola di interpretazione complessiva delle clausole (*ex* articolo 1363). E infatti, la regola di giudizio applicata dalla Corte è nel senso che tra il primo e il secondo comma della clausola non c'è alcuna contraddizione: il riferimento alla competenza del tribunale non può essere fonte di dispute

¹² Mezzetti & Di Toro, 2017, p. 105: «La pronuncia, pur soffermandosi sui principi di interpretazione sistematica delle clausole contrattuali di cui all'articolo 1363 c.c. e di conservazione del contratto di cui all'articolo 1367 c.c., opta per un'interpretazione letterale "che ambisca ad armonizzare razionalmente le reciproche previsioni"; il che la conduce a ritenere che la coesistenza delle due clausole non dia luogo ad un'ambiguità o ad un contrasto, ma sia anzi compatibile con una chiara ed incontrovertibile manifestazione della volontà delle parti di compromettere in arbitri ogni loro futura controversia».

interpretative circa le reali intenzioni delle parti. Al contrario, le parti hanno consapevolmente richiamato tanto il collegio arbitrale quanto il giudice ordinario sì da coprire tutto il potenziale spettro relativamente alla materia del contendere. E dunque: il collegio arbitrale sarà chiamato a decidere su tutto, salvo che la legge dello Stato ponga specifici limiti alla competenza arbitrale. A partire da qui sarà allora necessario ricorrere all'autorità giudiziaria italiana. Conseguentemente, per quanto attiene alle (eventuali) future controversie non compromettibili, e per quanto attiene all'ottenimento delle misure non emanabili dal collegio arbitrale (basti richiamare di nuovo la materia cautelare e l'istruzione preventiva)¹³, si farà necessario riferimento alla giurisdizione statale.

È pertanto chiaro che, all'interno del rapporto tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario, il riferimento al secondo opera in funzione integrativa, onde evitare

¹³ Evidente la particolare delicatezza della materia cautelare. Una recente pronuncia di un giudice di merito italiano (Tribunale di Frosinone, 19 settembre 2017 (ordinanza)) ha affermato il seguente principio: «Nel caso in cui le parti abbiano deferito le controversie contrattuali ad arbitrato estero (nella specie arbitrato ICC con sede in Svizzera), tale deferimento si estende anche alla materia cautelare e pertanto va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano in relazione all'istanza, ex articolo 669-ter cod. proc. civ., intesa all'ottenimento di sequestro giudiziario ed in subordine di provvedimento di urgenza». In dottrina il provvedimento è stato criticato (Briguglio, 2017, pp. 775-776): non vi è alcuna ragione plausibile per affermare che un accordo compromissorio che affidi ad arbitri esteri la giurisdizione di merito vada sempre interpretato –qualora la giurisdizione di merito non apparterebbe comunque al giudice italiano, anche in assenza di quell'accordo– nel senso limitativo, e cioè nel senso che esso non possa mai intendersi come escludente la giurisdizione cautelare italiana: potrebbe invece ben costituire, in ipotesi, una volontà compromissoria contraria. Né v'è alcuna ragione plausibile per affermare che, nel caso inverso, di giurisdizione di merito sussistente ex lege e derogata da accordo compromissorio per arbitrato estero, quest'ultimo vada sempre inteso ed interpretato in senso ampliativo, cioè ai fini di derogare ed escludere anche la giurisdizione cautelare italiana.

C'è, in particolare, un'affermazione di Briguglio che è significativa e che ben si collega al discorso fatto nel testo. Scrive dunque l'Autore (778) che, se, onde evitare improprie e ingiuste generalizzazioni, occorre interpretare in concreto e caso per caso la volontà compromissoria, è però difficile che le parti abbiano esplicitamente e puntualmente previsto a tale riguardo nel contratto. Ma quando, invece, le parti hanno avuto tale attenzione (con formule quali ad esempio: 'resta salva la possibilità di richiedere misure cautelari ai giudici statuali', o espressioni simili), nulla quaestio. Orbene, quanto appena riferito ci è direttamente utile, perché consente di leggere quella previsione relativa alla giurisdizione del giudice ordinario nel senso che le parti hanno operato lungo due direzioni – diverse ma niente affatto collidenti. Tanto più, se poi, come sempre il medesimo Autore riferisce (779), la *communis opinio*, specialmente nell'ambito dell'arbitrato internazionale, è che la convenzione arbitrale standard ('tutte le controversie derivanti dalla interpretazione ed esecuzione del presente contratto saranno deferite ad un collegio arbitrale ecc.') va di regola intesa come riferita alla soluzione nel merito della lite, e cioè a quella sostitutiva del giudicato statale, e non alla congerie delle misure cautelari.

che il testo contrattuale conosca una lacuna. È del resto vero che, pur in presenza di una siffatta lacuna, il problema sarebbe facilmente superabile, posto che la parte interessata, a fronte dell'impossibilità di far valere le proprie pretese per qualche preclusione relativa al giudizio arbitrale, non avrebbe altra strada se non quella della magistratura ordinaria. E infatti l'ordinanza scrive che la clausola compromissoria «non può che «testimoniare», seppur in prospettiva meramente dichiarativa rispetto all'assetto legislativo e nondimeno nei termini dell'ottimale «armonizzazione» delle due disposizioni, la perdurante *iurisdictio* statutale limitatamente agli ambiti istituzionalmente sottratti alla giurisdizione arbitrale».

A ben vedere, il rinvio che la clausola contrattuale fa alla giurisdizione ordinaria è pressoché inutile. Se vi sono ambiti sottratti alla giurisdizione arbitrale e invece di competenza esclusiva della giurisdizione statutale (sulla base di una disciplina inderogabile), è evidente che una clausola sul riparto della giurisdizione non apporta alcun *quid novi* in termini di contenuto giuridicamente rilevante; non fa altro che ribadire (e magari pure in modo stilisticamente non del tutto soddisfacente, tanto è vero che nel nostro caso è sorta controversia proprio su questo aspetto) la *voluntas legis* (e infatti la Corte parla efficacemente di una prospettiva meramente dichiarativa riferendosi al frammento di clausola in punto di giurisdizione ordinaria, nel senso che non farebbe altro se non dare enfasi a ciò che, comunque, non potrebbe essere altrimenti).

Che gli assi ermeneutici messi a frutto dalla Corte siano proprio gli artt. 1363 e 1367 emerge altresì dalla seguente circostanza: se la clausola contrattuale (e in particolare la parte finale di tale clausola) fosse interpretata nel senso che i contraenti hanno voluto attribuirsi la facoltà di decidere —volta per volta— se sottoporre le eventuali controversie nascenti dal contratto agli arbitri o alla giurisdizione ordinaria, verrebbe ovviamente frustrata e svuotata di significato (sono espressioni letterali della Corte) la volontà compromissoria di entrambi.

Ma c'è di più. Se il significato della clausola fosse davvero quello di rimettere alle parti la decisione circa l'alternativa tra via giudiziale e via arbitrale, l'utilità della clausola sarebbe nulla. Perché mai, di fronte a un contrasto insorto e che non abbia ancora trovato una soluzione, le parti dovrebbero invece addivenire a un accordo sul se radicare il giudizio di fronte all'autorità ordinaria o di fronte agli arbitri? Se le parti sono in lite (pur se non ancora

formalizzatasi in un giudizio), è impossibile pensare che, pur non riuscendo esse ad accordarsi sulla sostanza, riescano invece a farlo sul procedimento. L'interpretazione proposta dalla difesa delle società ricorrente è senza alcun dubbio irrealistica.

Pertanto, la Corte —sulla base, lo si ripete, di una interpretazione sistematica delle clausole del contratto (e si tenga presente che il criterio dell'interpretazione complessiva è applicabile, quando ciò sia opportuno ai fini del «massimo effetto utile», al contenuto di ciascuna clausola del contratto, in tutti quei casi, come appunto il nostro, in cui la clausola appaia avere un contenuto contraddittorio in base al solo criterio del senso letterale delle parole— afferma che, proprio per far conseguire al contratto la sua massima efficacia, la clausola oggetto di interpretazione va intesa in senso non mortificante per la via arbitrale, conformemente a quel *favor arbitrati* cui ormai più volte si è fatto riferimento.

In questa linea, la clausola va allora letta così: tutto ciò che non può essere devoluto agli arbitri sarà oggetto di giudizio ordinario; e vi potranno essere fasi del giudizio arbitrale che vedranno l'affiancamento agli arbitri del giudice ordinario.

Si tratta di un'interpretazione non mortificante neppure per la ragionevolezza economica della pattuizione¹⁴: di fronte a un contratto che coinvolge parti italiane e parti non italiane è appunto irragionevole pensare, in presenza di una clausola arbitrale, che l'effetto di tale clausola rispetto al giudizio arbitrale, o sia depotenziato al massimo, o sia rimesso alla necessità di un successivo accordo (quasi un negozio di accertamento *sui generis*, un accordo di interpretazione autentica), il quale determini se la specifica questione contrattuale insorta debba formare oggetto di giudizio arbitrale o ordinario.

Arriviamo così alla parte finale di questa motivazione, tanto densa quanto sintetica e lineare.

L'ultimo passaggio dell'ordinanza assume più generale, attenendo alla natura dell'arbitrato e alla questione della deroga della giurisdizione.

Riprendendo qui alcuni cenni fatti più sopra e pervenendo a una visione di sintesi, la novella del 2006 (contenuta nel decreto legislativo 2 febbraio 2006,

¹⁴ In generale, Carbone, 2014.

40: v. l'Appendice II), introducendo il principio del *favor arbitrati*, ha fatto sì che mutasse il rapporto tra giustizia ordinaria e giustizia arbitrale. In questo senso, infatti, la Corte censura quanto rilevato dal tribunale di Treviso (nella vecchia logica della primazia della giurisdizione ordinaria), ad avviso del quale il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione del giudice naturale prevista dalla Costituzione (qui il riferimento è all'articolo 24, comma 1). Rileva in contrario la Cassazione che l'arbitrato è da considerarsi ormai del tutto equiparato alla giurisdizione pubblica, non potendo più considerarsi nei termini di una deroga eccezionale alla giurisdizione.

Sulla base del principio del *favor arbitrati*, può quindi dirsi che in Italia la giurisdizione arbitrale non è più un'eccezione, o una deroga alla giurisdizione statale, ma un rimedio perfettamente alternativo a quest'ultimo.

7. APPENDICE

I) Cassazione civile sez. VI, 14 ottobre 2016, 20880 (ordinanza)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SESTA CIVILE

SOTTOSEZIONE 2

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MANNA Felice	- Presidente -
Dott. CORRENTI Vincenzo	- Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto	- Consigliere -
Dott. PICARONI Elisa	- Consigliere -
Dott. ABETE Luigi	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 24055/2015 R.G. proposto da:

VITTORIA, in persona del legale rappresentante pro tempore,

e VITTORIA INDUSTRIES NORD AMERICA inc., in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambe

elettivamente domiciliate in Roma, alla via XX Settembre, 1,
presso lo studio dell'avvocato Fiorella F. Alvino e dell'avvocato
Carlo Eligio Mezzetti, che le rappresentano e difendono giusta
procura in atti;

- ricorrenti -

contro

NORTHWAVE s.r.l., in persona del legale

rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, alla
via A. Depretis, 86, presso lo studio dell'avvocato Laura Opilio
che congiuntamente e disgiuntamente all'avvocato Giuseppe Galzignato
la rappresenta e difende giusta procura in atti;

- resistente -

avverso la sentenza del tribunale di Treviso 1953 dei
27.7/4.9.2015;

Udita la relazione all'udienza in Camera di consiglio del 26 maggio
2016 del Consigliere Dott. Luigi Abete;

Lette le conclusioni del Pubblico Ministero, che ha chiesto
accogliersi il ricorso per regolamento facoltativo di competenza,
cassarsi senza rinvio la impugnata sentenza e dichiararsi la
competenza arbitrale.

MOTIVI IN FATTO E DIRITTO

Con atto notificato il 4.9.2013 «Northwave» s.r.l. citava a comparire innanzi
al tribunale di Treviso «Vittoria» s.p.a. nonché «Vittoria Industries Nord
America inc ».

Esponeva che aveva stipulato con «Vittoria Industries Nord America» in
data (OMISSIS) contratto di distribuzione esclusiva per il (OMISSIS) e per
gli (OMISSIS) di prodotti per il ciclismo e per lo snowboard da essa attrice
prodotti; che la convenuta «Vittoria Industries Nord America», limitatamente

ai prodotti per lo snowboard e relativamente agli anni (OMISSIS), non aveva acquistato i quantitativi minimi di merce stabiliti all'articolo 7 del contratto e si era resa in tal guisa inadempiente ai sensi dell'articolo 25 del medesimo contratto, cagionandone ipso iure la risoluzione.

Chiedeva accertarsi e dichiararsi l'intervenuta risoluzione del contratto per fatto e colpa di «Vittoria Industries Nord America» e condannarsi in solido le convenute a risarcire il danno arrecato con gli interessi.

Si costituivano le convenute.

Chiedevano in via preliminare, dichiararsi l'incompetenza del giudice adito e/o l'inammissibilità o improcedibilità dell'avversa domanda in ragione della clausola compromissoria di cui all'articolo 29 del contratto, nel merito, instavano per il rigetto ed, in riconvenzionale, per la condanna di «Northwave» al risarcimento del danno.

Con sentenza non definitiva dei 27.7/4.9.2015 il tribunale di Treviso rigettava l'eccezione di incompetenza, dichiarava risolto il contratto con effetto dal 12.6.2013 per fatto e colpa di «Vittoria Industries Nord America» e disponeva per il prosieguo istruttorio come da separata ordinanza.

Explicitava il tribunale, per quel che rileva in questa sede, che la clausola di cui all'articolo 29 del contratto, «così come formulata contiene sia una convenzione di arbitrato e sia la indicazione della competenza giurisdizionale di un determinato foro» (così sentenza, p. 5), sicché poneva «senz'altro un dubbio sulla effettiva volontà delle parti di deferire la causa agli arbitri» (così sentenza, p. 5); che al cospetto di tale dubbio doveva preferirsi l'interpretazione atta ad affermare la giurisdizione statale.

Explicitava ulteriormente che doveva disconoscersi che l'articolo 808 quater c.p.c., avesse introdotto il principio della prevalenza della competenza arbitrale, atteso che siffatta disposizione «si riferisce all'estensione, alla ampiezza della convenzione di arbitrato, una volta che questa convenzione possa ritenersi corrispondente alla effettiva volontà delle parti di ricorrere allo strumento arbitrale» (così sentenza, p. 6); che conseguentemente l'ambigua formulazione della clausola compromissoria non escludeva la facoltà delle parti di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria.

Avverso tale sentenza «Vittoria» s.p.a. e «Vittoria Industries Nord America» inc. hanno proposto ricorso per regolamento facoltativo di competenza;

hanno chiesto dichiararsi l'incompetenza del tribunale di Treviso, per esser la controversia demandata alla cognizione arbitrale, e per l'effetto cassarsi la sentenza impugnata con ogni susseguente statuizione anche in ordine alle spese.

«Northwave» s.r.l. ha depositato scrittura difensiva ex articolo 47 c.p.c., u.c.; ha chiesto dichiararsi inammissibile ovvero rigettarsi l'avverso ricorso con il favore delle spese.

Il Pubblico Ministero, giusta la previsione dell'articolo 380 ter c.p.c., ha formulato conclusioni scritte.

«Vittoria» s.p.a. e «Vittoria Industries Nord America» inc. hanno depositato memoria ex articolo 380 ter c.p.c., comma 2.

«Northwave» s.r.l. del pari ha depositato memoria ex articolo 380 ter c.p.c., comma 2.

Col ricorso a questa Corte di legittimità «Vittoria» s.p.a. e «Vittoria Industries Nord America» inc. deducono quanto segue.

In primo luogo che, alla stregua della più recente elaborazione giurisprudenziale costituzionale e di legittimità, è del tutto ingiustificato, giacché in violazione dell'articolo 808 quater c.p.c., in connessione con gli artt. 24 e 25 Cost., ritenere, siccome ha ritenuto il tribunale di Treviso, che «il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri importi una deroga alla giurisdizione del giudice naturale [...] e [...] che il giudizio arbitrale non presenti garanzie analoghe a quelle del procedimento dinanzi al giudice statale» (così ricorso, p. 21).

In secondo luogo che comunemente i contratti commerciali internazionali «affiancano, alla clausola compromissoria, anche l'indicazione di un foro competente per tutte quelle controversie non compromettibili oppure per l'ottenimento di tutte quelle misure non emanabili da un collegio arbitrale» (così ricorso, p. 22); che in questi termini è del tutto ingiustificato, giacché in violazione dei criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 c.c. e segg., ed in pari tempo del tutto incongruo reputare, siccome ha reputato il tribunale di Treviso, che la coesistenza nel testo dell'articolo 29 del contratto della clausola compromissoria e dell'indicazione del tribunale di Treviso quale foro competente, renda dubbia la volontà delle parti; che viceversa il tenore dell'articolo 29 è tale da rendere palese ed indubbia la volontà compromissoria; che anzi la competenza del Tribunale di Treviso è prefigurata

solo marginalmente, sicché si sarebbe al più giustificato il dubbio circa la volontà delle parti di mantenere impregiudicata la competenza del Tribunale di Treviso.

In terzo luogo che neppure è da condividere il corollario che il tribunale ha inteso desumere dal presupposto dell'asserita ambiguità della clausola, «vale a dire la facoltà delle parti di adire alternativamente, e per tutte le controversie nascenti dal contratto, l'autorità giudiziaria ordinaria o l'arbitrato» (così ricorso, p. 25); che invero, «essendo stata accertata la corrispondenza della clausola compromissoria alla volontà delle parti» (così ricorso, p. 26), in applicazione dell'articolo 808 quater c.p.c., la clausola compromissoria avrebbe dovuto essere interpretata estensivamente, siccome riferita a tutte le controversie nascenti dal contratto, sicché «concludere per l'equipollenza [...] della clausola arbitrale e di quella elettiva del foro di Treviso [...] significa di fatto disapplicare l'articolo 808 quater c.p.c.» (così ricorso, p. 27), oltre che patrocinare una soluzione ermeneutica del tutto illogica.

Il ricorso per regolamento di competenza è fondato e va accolto.

Si premette che l'indagine sulla portata di una clausola compromissoria, ai fini della risoluzione di una questione di competenza, rientra nei poteri della Corte di Cassazione che, in tale materia, è anche giudice di fatto (cfr. Cass. (ord) 30.9.2015, 19546).

Si premette al contempo che, in tema di interpretazione di una clausola arbitrale, l'accertamento della volontà degli stipulanti in relazione al contenuto del negozio si traduce in un'indagine di fatto affidata, sì, in via esclusiva al giudice di merito; tuttavia siffatto accertamento è censurabile in sede di legittimità nel caso in cui la motivazione sia inadeguata in forma tale da non consentire la ricostruzione dell'«iter» logico seguito da quel giudice per giungere ad attribuire all'atto negoziale un determinato contenuto oppure nel caso di violazione di norme ermeneutiche (cfr. Cass. (ord.) 27.3.2012, 4919).

Su tali premesse si evidenzia quanto segue.

Per un verso, che la res litigiosa de qua agitur si connota per la presenza di due clausole, l'una, all'articolo 29, comma 1 («tutte le controversie che dovessero sorgere in relazione al presente contratto verranno definitivamente decise [...] da un Collegio composto da tre arbitri [...]»), «che deferisce la competenza ad arbitri» (così memoria ex articolo 47 c.p.c., u.c., p. 11), l'altra, all'articolo 29,

comma 2 («il Tribunale competente avente giurisdizione è quello di Treviso»), che prefigura la competenza del Tribunale di Treviso.

Per altro verso, che, in tema di interpretazione delle clausole contrattuali, ai sensi dell'articolo 1362 c.c., comma 1 e articolo 1363 c.c., il giudice non può limitarsi ad una considerazione atomistica delle singole clausole, pur ove le une e le altre possano apparire rappresentative d'una manifestazione di volontà di senso compiuto, ma deve procedere secondo un «iter» che, partendo dall'accertamento del senso letterale di ciascuna, questo poi verifichi nel confronto reciproco e, infine, armonizzi razionalmente nella valutazione unitaria dell'atto (cfr. Cass. 14.11.2002, 16022; cfr. Cass. 11.6.1999, 5747, secondo cui, in tema di interpretazione del contratto, anche quando l'interpretazione di ciascuna delle clausole che concorrono alla formazione del testo negoziale è compiuta sulla base del «senso letterale delle parole» e conduca a risultati di certezza, il giudice è tenuto ad applicare il criterio dell'interpretazione sistematica, posto dall'articolo 1363 c.c., riferendo le varie espressioni adoperate all'intero testo in modo da ricavarne il senso complessivo e nel contempo intendere la singola espressione in funzione del testo, di cui è parte integrante).

Per altro verso ancora, che il principio di conservazione del contratto ex articolo retate nel senso in cui possano avere un qualche effetto, ma richiede che il contratto non risulti neppure in parte frustrato e che la sua efficacia potenziale non subisca alcuna limitazione (cfr. Cass. 1.9.1997, 8301).

Alla luce dell'operato riscontro e degli enunciati principi si reputa quanto segue.

Innanzitutto, che il tenore letterale della previsione dell'articolo 29, comma 1 del contratto rende patente ed incontrovertibile la volontà compromissoria dei contraenti.

Altresì, nel segno di un'esegesi combinata dell'articolo 29, commi 1 e 2, che ambisca ad armonizzare razionalmente le reciproche previsioni, che appare ragionevole e plausibile opinare nel senso —patrocinato dalle ricorrenti— che:

[...] la menzione del Tribunale di Treviso quale Foro dotato di competenza (articolo 29.2) [...] non è incompatibile con l'espressa volontà delle parti di deferire qualsiasi controversia in arbitri, dato che con l'articolo 29, comma 2,

non si fa altro che esplicitare la competenza del tribunale ordinario per tutte quelle controversie non compromettibili o, ancora, per l'ottenimento di tutte quelle misure non emanabili da un collegio arbitrale (si pensi alla materia cautelare o all'istruzione preventiva (così ricorso, p. 6).

Inoltre, nel segno dell'articolo 1367 c.c., che l'opzione ermeneutica patrocinata dalla resistente, secondo cui «le parti hanno inteso attribuirsi la facoltà di scegliere se sottopone le eventuali controversie nascenti dal contratto agli arbitri oppure al Tribunale ordinario» (così memoria ex articolo 47 c.p.c., u.c., p. 14), frustra e svuota di significato la volontà compromissoria categoricamente palesata dell'articolo 29, comma 1.

Più esattamente, che l'asserita facoltà delle parti di scegliere l'una o l'altra via (così memoria ex articolo 47 c.p.c., u.c., p. 15), pur ancorata ai rilievi per cui «non meno indubbia è però anche la presenza della clausola derogativa del foro» (così memoria ex articolo 47 c.p.c., u.c., p. 17) e per cui «è la legge stessa che vieta agli arbitri di emettere misure cautelari e di effettuare procedimenti di istruzione preventiva» (così memoria ex articolo 47 c.p.c., u.c., p. 18), degraderebbe comunque a mera variabile la «via» arbitrale, «via» arbitrale che, viceversa, la prefigurazione nell'incipit, dell'articolo 29, al comma 1, esplicita ed addita quale «via maestra».

Di conseguenza, che la previsione dello stesso articolo 29, comma 2, non può che «testimoniare», seppur in prospettiva meramente dichiarativa rispetto all'assetto legislativo e nondimeno nei termini dell'ottimale «armonizzazione» delle due disposizioni, la perdurante iurisdictio statale limitatamente agli ambiti istituzionalmente sottratti alla giurisdizione arbitrale.

Infine, che all'esito della novella di cui al D.Lgs. 2 febbraio 2006, 40 —applicabile *ratione temporis* al caso di specie— di certo non può esser recepita l'argomentazione del tribunale di Treviso secondo cui «il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione del giudice naturale così come prevista dalla Costituzione» (così sentenza, p. 5).

Propriamente, che va condivisa al riguardo la prospettazione delle ricorrenti secondo cui l'arbitrato è da considerare come «ormai completamente equiparato alla giustizia pubblica e non [...] più [...] quale deroga alla stessa avente natura eccezionale» (così ricorso, p. 15), espressione di una facoltà «tutelata a livello costituzionale» (così ricorso, p. 20). E, dunque,

che va recepito il rilievo del pubblico ministero secondo cui in aderenza all'orientamento della disciplina «comunitaria» la novella 40 del 2006 ha immesso nel sistema «interno» un vero e proprio favor arbitrati: «la giurisdizione degli arbitri non è più un'eccezione o una deroga rispetto alla giurisdizione statale, ma un rimedio a questa perfettamente alternativo».

Il buon esito dell'esperito ricorso per regolamento di competenza impone, da un canto, la declaratoria della competenza arbitrale, dall'altro, la cassazione dell'impugnata sentenza. Le significative ed extra ordinem difficoltà in ogni caso riscontrate in sede e ai fini della puntuale «ricostruzione» della volontà delle parti inducono, pur nel segno della formulazione dell'articolo 92 c.p.c., comma 2, applicabile *ratione temporis* al caso di specie (ovvero della formulazione successiva alla novella di cui alla L. 69 del 2009, applicabile ai procedimenti instaurati successivamente al 4.7.2009), a compensare integralmente tra le parti le spese e del presente giudizio di legittimità e del giudizio celebratosi innanzi al Tribunale di Treviso.

Il ricorso è da accogliere; non sussistono, pertanto, i presupposti perchè, ai sensi del D.P.R. 115 del 2002, articolo 13, comma 1 quater (comma 1 quater introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, 228, articolo 1, comma 17), i ricorrenti siano tenuti a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione a norma dell'articolo 13, comma 1 bis del medesimo D.P.R.

PQM

La Corte accoglie il ricorso per regolamento di competenza, cassa la sentenza non definitiva del tribunale di Treviso 1953 dei 27.7/4.9.2015, dichiara la competenza arbitrale, compensa integralmente tra le parti le spese e del presente giudizio di legittimità e del giudizio celebratosi innanzi al tribunale di Treviso.

Depositato in Cancelleria il 14 ottobre 2016

II) DECRETO LEGISLATIVO, 2 febbraio 2006, 40

Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, 80.

Modificazioni al codice di procedura civile in materia di arbitrato

ARTICOLO 20

Articolo 20. Modifiche al capo I, titolo VIII, libro IV

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo I è sostituito dal seguente:

«Capo I

della convenzione d'arbitrato

806 (Controversie arbitrabili).- Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge.

Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro.

807 (Compromesso).- Il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia.

La forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telex, teletipo, telefacsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi.

808 (Clausola compromissoria).- Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d'arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807.

La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria.

808-bis (Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale).- Le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati. La convenzione deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807.

808-ter (Arbitrato irrituale).- Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo.

Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I:

- 1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale;
- 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale;
- 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;
- 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo;
- 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio. Al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825.

808-quater (Interpretazione della convenzione d'arbitrato).- Nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce.

808-quinquies (Efficacia della convenzione d'arbitrato).- La conclusione del procedimento arbitrale senza pronuncia sul merito, non toglie efficacia alla convenzione d'arbitrato».

ARTICOLO 21

Articolo 21. Modifiche al capo II, titolo VIII, libro IV

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo II è sostituito dal seguente:

«Capo II

degli arbitri

809 (Numero degli arbitri).- Gli arbitri possono essere uno o più, purché in numero dispari.

La convenzione d'arbitrato deve contenere la nomina degli arbitri oppure stabilire il numero di essi e il modo di nominarli.

In caso d'indicazione di un numero pari di arbitri, un ulteriore arbitro, se le parti non hanno diversamente convenuto, è nominato dal presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810. Se manca l'indicazione del numero degli arbitri e le parti non si accordano al riguardo, gli arbitri sono tre e, in mancanza di nomina, se le parti non hanno diversamente convenuto, provvede il presidente del tribunale nei modi previsti dall'articolo 810.

810 (Nomina degli arbitri).- Quando a norma della convenzione d'arbitrato gli arbitri devono essere nominati dalle parti, ciascuna, di esse, con atto notificato per iscritto, rende noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri. La parte, alla quale è rivolto l'invito, deve notificare per iscritto, nei venti giorni successivi, le generalità dell'arbitro o degli arbitri da essa nominati.

In mancanza, la parte che ha fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso, che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato la sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma.

Il presidente del tribunale competente provvede alla nomina richiestagli, se la convenzione d'arbitrato non è manifestamente inesistente o non prevede manifestamente un arbitrato estero.

Le stesse disposizioni si applicano se la nomina di uno o più arbitri è demandata dalla convenzione d'arbitrato all'autorità giudiziaria o se, essendo demandata a un terzo, questi non vi ha provveduto.

811 (Sostituzione di arbitri).- Quando per qualsiasi motivo vengono a mancare tutti o alcuni degli arbitri nominati, si provvede alla loro sostituzione secondo quanto è stabilito per la loro nomina nella convenzione d'arbitrato. Se la parte a cui spetta o il terzo non vi provvede, o se la convenzione d'arbitrato nulla dispone al riguardo, si applicano le disposizioni dell'articolo precedente.

812 (Incapacità di essere arbitro).- Non può essere arbitro chi è privo, in tutto o in parte, della capacità legale di agire.

813 (Accettazione degli arbitri).- L'accettazione degli arbitri deve essere data per iscritto e può risultare dalla sottoscrizione del compromesso o del verbale della prima riunione.

Agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.

813-bis (Decadenza degli arbitri).- Se le parti non hanno diversamente convenuto, l'arbitro che omette, o ritarda di compiere un atto relativo alle sue funzioni, può essere sostituito d'accordo tra le parti o dal terzo a ciò incaricato dalla convenzione d'arbitrato. In mancanza, decorso il termine di quindici giorni da apposita diffida comunicata per mezzo di lettera raccomandata all'arbitro per ottenere l'atto, ciascuna delle parti può proporre ricorso al presidente del tribunale a norma dell'articolo 810, secondo comma. Il presidente, sentiti gli arbitri e le parti, provvede con ordinanza non impugnabile e, se accerta l'omissione o il ritardo, dichiara la decadenza dell'arbitro e provvede alla sua sostituzione.

813-ter (Responsabilità degli arbitri).- Risponde dei danni cagionati alle parti l'arbitro che:

- 1) con dolo o colpa grave ha ommesso o ritardato atti dovuti ed è stato perciò dichiarato decaduto, ovvero ha rinunciato all'incarico senza giustificato motivo;
- 2) con dolo o colpa grave ha ommesso o impedito la pronuncia del lodo entro il termine fissato a norma degli articoli 82 o articolo 826.

Fuori dai precedenti casi, gli arbitri rispondono esclusivamente per dolo o colpa grave entro i limiti previsti dall'articolo 2, commi 2 e 3, della legge 13 aprile 1988, 117.

L'azione di responsabilità può essere proposta in pendenza del giudizio arbitrale soltanto nel caso previsto dal primo comma, 1).

Se è stato pronunciato il lodo, l'azione di responsabilità può essere proposta soltanto dopo l'accoglimento dell'impugnazione con sentenza, passata in giudicato e per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta.

Se la responsabilità non dipende da dolo dell'arbitro, la misura del risarcimento non può superare una somma pari al triplo del compenso convenuto o, in mancanza di determinazione convenzionale, pari al triplo del compenso previsto dalla tariffa applicabile.

Nei casi di responsabilità dell'arbitro il corrispettivo e il rimborso delle spese non gli sono dovuti o, nel caso di nullità parziale del lodo, sono soggetti a riduzione.

Ciascun arbitro risponde solo del fatto proprio.

814 (Diritti degli arbitri).- Gli arbitri hanno diritto al rimborso delle spese e all'onorario per l'opera prestata, se non vi hanno rinunciato al momento dell'accettazione o con atto scritto successivo. Le parti sono tenute solidalmente al pagamento, salvo rivalsa tra loro.

Quando gli arbitri provvedono direttamente alla liquidazione delle spese e dell'onorario, tale liquidazione non è vincolante per le parti se esse non l'accettano. In tal caso l'ammontare delle spese e dell'onorario è determinato con ordinanza dal presidente del tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, su ricorso degli arbitri e sentite le parti.

L'ordinanza è titolo esecutivo contro le parti ed è soggetta a reclamo a norma dell'articolo 825, quarto comma. Si applica l'articolo 830, quarto comma.

815 (Ricusazione degli arbitri).- Un arbitro può essere ricusato:

- 1) se non ha le qualifiche espressamente convenute dalle parti;
- 2) se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa;
- 3) se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori;
- 4) se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori;
- 5) se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle parti;
- 6) se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone.

Una parte non può ricusare l'arbitro che essa ha nominato o contribuito a nominare se non per motivi conosciuti dopo la nomina.

La ricazione è proposta mediante ricorso al presidente del tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione della nomina o dalla sopravvenuta conoscenza della causa di ricazione. Il presidente pronuncia con ordinanza non impugnabile, sentito l'arbitro ricasato e le parti e assunte, quando occorre, sommarie informazioni.

Con ordinanza il presidente provvede sulle spese. Nel caso di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza di ricazione condanna la parte che l'ha proposta al pagamento, in favore dell'altra parte, di una somma equitativamente determinata non superiore al triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro singolo in base alla tariffa forense.

La proposizione dell'istanza di ricazione non sospende il procedimento arbitrale, salvo diversa determinazione degli arbitri. Tuttavia, se l'istanza è accolta, l'attività compiuta dall'arbitro ricasato o con il suo concorso è inefficace».

ARTICOLO 22

Articolo 22. Modifiche al capo III, titolo VIII, libro IV

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo III è sostituito dal seguente:

«Capo III

del procedimento

816 (Sede dell'arbitrato).- Le parti determinano la sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri.

Se le parti e gli arbitri non hanno determinato la sede dell'arbitrato, questa è nel luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato. Se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede è a Roma.

Se la convenzione d'arbitrato non dispone diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato ed anche all'estero.

816-bis (Svolgimento del procedimento).- Le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno. Essi debbono in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa. Le parti possono stare in arbitrato per mezzo di difensori. In mancanza di espressa limitazione, la procura al difensore si estende a qualsiasi atto processuale, ivi compresa la rinuncia agli atti e la determinazione o proroga del termine per la pronuncia del lodo. In ogni caso, il difensore può essere destinatario della comunicazione della notificazione del lodo e della notificazione della sua impugnazione.

Le parti o gli altri arbitri possono autorizzare il presidente del collegio arbitrale a deliberare le ordinanze circa lo svolgimento del procedimento.

Su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito.

816-ter (Istruzione probatoria).- L'istruttoria o singoli atti di istruzione possono essere delegati dagli arbitri ad uno di essi.

Gli arbitri possono assumere direttamente presso di sé la testimonianza, ovvero deliberare di assumere la deposizione del testimone, ove questi vi consenta, nella sua abitazione o nel suo ufficio. Possono altresì deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono.

Se un testimone rifiuta di comparire davanti agli arbitri, questi, quando lo ritengono opportuno secondo le circostanze, possono richiedere al presidente del tribunale della sede dell'arbitrato, che ne ordini la comparizione davanti a loro.

Nell'ipotesi prevista dal precedente comma il termine per la pronuncia del lodo è sospeso dalla data dell'ordinanza alla data dell'udienza fissata per l'assunzione della testimonianza.

Gli arbitri possono farsi assistere da uno o più consulenti tecnici. Possono essere nominati consulenti tecnici sia persone fisiche, sia enti.

Gli arbitri possono chiedere alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al giudizio.

816-quater (Pluralità di parti).- Qualora più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione d'arbitrato, ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale se la convenzione d'arbitrato devolve a un terzo la nomina degli arbitri, se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano a un terzo la nomina.

Fuori dei casi previsti nel precedente comma il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime.

Se non si verifica l'ipotesi prevista nel primo comma e si versa in caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato è improcedibile.

816-quinquies (Intervento di terzi e successione nel diritto controverso).- L'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo sono ammessi solo con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri.

Sono sempre ammessi l'intervento previsto dal secondo comma dell'articolo 105 e l'intervento del litisconsorte necessario.

Si applica l'articolo 111.

816-sexies (Morte, estinzione o perdita di capacità della parte).- Se la parte viene meno per morte o altra causa, ovvero perde la capacità legale, gli arbitri assumono le misure idonee a garantire l'applicazione del contraddittorio ai fini della prosecuzione del giudizio. Essi possono sospendere il procedimento.

Se nessuna delle parti ottempera alle disposizioni degli arbitri per la prosecuzione del giudizio, gli arbitri possono rinunciare all'incarico.

816-septies (Anticipazione delle spese).- Gli arbitri possono subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili. Salvo diverso accordo delle parti, gli arbitri determinano la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte.

Se una delle parti non presta l'anticipazione richiestale, l'altra può anticipare la totalità delle spese. Se le parti non provvedono all'anticipazione nel termine

fissato dagli arbitri, non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale.

817 (Eccezione d'incompetenza).- Se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza.

Questa disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento. La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile.

La parte, che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, non può, per questo motivo, impugnare il lodo.

817-bis (Compensazione).- Gli arbitri sono competenti a conoscere dell'eccezione di compensazione, nei limiti del valore della domanda, anche se il controcredito non è compreso nell'ambito della convenzione di arbitrato.

818 (Provvedimenti cautelari).- Gli arbitri non possono concedere sequestri, nè altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge.

819 (Questioni pregiudiziali di merito).- Gli arbitri risolvono senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge.

Su domanda di parte, le questioni pregiudiziali sono decise con efficacia di giudicato se vertono su materie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato. Se tali questioni non sono comprese nella convenzione di arbitrato, la decisione con efficacia di giudicato è subordinata alla richiesta di tutte le parti.

819-bis (Sospensione del procedimento arbitrale).- Ferma l'applicazione dell'articolo 816-sexies, gli arbitri sospendono il procedimento arbitrale con ordinanza motivata nei seguenti casi:

- 1) quando il processo dovrebbe essere sospeso a norma del comma terzo dell'articolo 75 del codice di procedura penale, se la controversia fosse pendente davanti all'autorità giudiziaria;
- 2) se sorge questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione d'arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato;
- 3) quando rimettono alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, 87.

Se nel procedimento arbitrale è invocata l'autorità di una sentenza e questa è impugnata, si applica il secondo comma dell'articolo 337.

Una volta disposta la sospensione, il procedimento si estingue se nessuna parte deposita presso gli arbitri istanza di prosecuzione entro il termine fissato dagli arbitri stessi o, in difetto, entro un anno dalla cessazione della causa di sospensione. Nel caso previsto dal primo comma, numero 2), il procedimento si estingue altresì se entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione nessuna parte deposita presso gli arbitri copia autentica dell'atto con il quale la controversia sulla questione pregiudiziale è proposta davanti all'autorità giudiziaria.

819-ter (Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria).- La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice. La sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43. L'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio.

Nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295.

In pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato».

ARTICOLO 23

Articolo 23. Modifiche al capo IV, titolo VIII, libro IV

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il capo IV è sostituito dal seguente:

«Capo IV

del lodo

820 (Termine per la decisione).- Le parti possono, con la convenzione di arbitrato o con accordo anteriore all'accettazione degli arbitri, fissare un termine per la pronuncia del lodo.

Se non è stato fissato un termine per la pronuncia del lodo, gli arbitri debbono pronunciare il lodo nel termine di duecentoquaranta giorni dall'accettazione della nomina.

In ogni caso il termine può essere prorogato:

- a) mediante dichiarazioni scritte di tutte le parti indirizzate agli arbitri;
- b) dal presidente del tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, su istanza motivata di una delle parti o degli arbitri, sentite le altre parti; il termine può essere prorogato solo prima della sua scadenza.

Se le parti non hanno disposto diversamente, il termine è prorogato di centottanta giorni nei casi seguenti e per non più di una volta nell'ambito di ciascuno di essi:

- a) se debbono, essere assunti mezzi di prova;
- b) se è disposta consulenza tecnica d'ufficio;
- c) se è pronunciato un lodo non definitivo o un lodo parziale;
- d) se è modificata la composizione del collegio arbitrale o è sostituito l'arbitro unico. Il termine per la pronuncia del lodo è sospeso durante la sospensione del procedimento. In ogni caso, dopo la ripresa del procedimento, il termine residuo, se inferiore, è esteso a novanta giorni.

821 (Rilevanza del decorso del termine).- Il decorso del termine indicato nell'articolo precedente non può essere fatto valere come causa di nullità del lodo se la parte, prima della deliberazione del lodo risultante dal dispositivo sottoscritto dalla maggioranza degli arbitri, non abbia notificato alle altre parti e agli arbitri che intende far valere la loro decadenza.

Se la parte fa valere la decadenza degli arbitri, questi, verificato il decorso del termine, dichiarano estinto il procedimento.

822 (Norme per la deliberazione).- Gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità.

823 (Deliberazione e requisiti del lodo).- Il lodo è deliberato a maggioranza di voti con la partecipazione di tutti gli arbitri ed è quindi redatto per iscritto. Ciascun arbitro può chiedere che il lodo, o una parte di esso, sia deliberato dagli arbitri riuniti in conferenza personale.

Il lodo deve contenere:

- 1) il nome degli arbitri;
- 2) l'indicazione della sede dell'arbitrato;
- 3) l'indicazione delle parti;
- 4) l'indicazione della convenzione di arbitrato e delle conclusioni delle parti;
- 5) l'esposizione sommaria dei motivi;
- 6) il dispositivo;
- 7) la sottoscrizione degli arbitri. La sottoscrizione della maggioranza degli arbitri è sufficiente, se accompagnata dalla dichiarazione che esso è stato deliberato con la partecipazione di tutti e che gli altri non hanno voluto o non hanno potuto sottoscriverlo;
- 8) la data delle sottoscrizioni.

824 (Originali e copie del lodo).- Gli arbitri redigono il lodo in uno o più originali. Gli arbitri danno comunicazione del lodo a ciascuna parte mediante consegna di un originale, o di una copia attestata conforme dagli stessi arbitri, anche con spedizione in plico raccomandato, entro dieci giorni dalla sottoscrizione del lodo.

824-bis (Efficacia del lodo).- Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria.

825 (Deposito del lodo).- La parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale, o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione di arbitrato,

in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo è soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto.

Del deposito e del provvedimento del tribunale è data notizia dalla cancelleria alle parti nei modi stabiliti dell'articolo 133, secondo comma.

Contro il decreto che nega o concede l'esecutorietà del lodo, è ammesso reclamo mediante ricorso alla corte d'appello, entro trenta giorni dalla comunicazione; la corte, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con ordinanza.

826 (*Correzione del lodo*).- Ciascuna parte può chiedere agli arbitri entro un anno dalla comunicazione del lodo:

- a) di correggere nel testo del lodo omissioni o errori materiali o di calcolo, anche se hanno determinato una divergenza fra i diversi originali del lodo pure se relativa alla sottoscrizione degli arbitri;
- b) di integrare il lodo con uno degli elementi indicati nell'articolo 823, numeri 1), 2), 3), 4).

Gli arbitri, sentite le parti, provvedono entro il termine di sessanta giorni. Della correzione è data comunicazione alle parti a norma dell'articolo 824.

Se gli arbitri non provvedono, l'istanza di correzione è proposta al tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato.

Se il lodo è stato depositato, la correzione è richiesta al tribunale del luogo in cui è stato depositato. Si applicano le disposizioni dell'articolo 288, in quanto compatibili. Alla correzione può provvedere anche il giudice di fronte al quale il lodo è stato impugnato o fatto valere».

ARTICOLO 24

Articolo 24. Modifiche al capo V, titolo VIII, libro IV

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo V è sostituito dal seguente:

«Capo V

delle impugnazioni

827 (*Mezzi di impugnazione*).- Il lodo è soggetto all'impugnazione per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo.

I mezzi d'impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo.

Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo.

828 (*Impugnazione per nullità*).- L'impugnazione per nullità si propone, nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo, davanti alla corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato.

L'impugnazione non è più proponibile decorso un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione.

L'istanza per la correzione del lodo non sospende il termine per l'impugnazione; tuttavia il lodo può essere impugnato relativamente alle parti corrette nei termini ordinari, a decorrere dalla comunicazione dell'atto di correzione.

829 (*Casi di nullità*).- L'impugnazione per nullità è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti:

- 1) se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma;
- 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo, purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale;
- 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;
- 4) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817, quarto comma, o ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso;
- 5) se il lodo non ha i requisiti indicati nei numeri 5), 6), 7) dell'articolo 823;

- 6) se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito, salvo il disposto dell'articolo 821;
- 7) se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata;
- 8) se il lodo è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento;
- 9) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio;
- 10) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri;
- 11) se il lodo contiene disposizioni contraddittorie;
- 12) se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato.

La parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo.

L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico.

L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è sempre ammessa:

- 1) nelle controversie previste dall'articolo 409;
- 2) se la violazione delle regole di diritto concerne la soluzione di questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato.

Nelle controversie previste dall'articolo 409, il lodo è soggetto ad impugnazione anche per violazione dei contratti e accordi collettivi.

830 (Decisione sull'impugnazione per nullità).- La corte d'appello decide sull'impugnazione per nullità e, se l'accoglie, dichiara con sentenza la nullità

del lodo. Se il vizio incide su una parte del lodo che sia scindibile dalle altre, dichiara la nullità parziale del lodo.

Se il lodo è annullato per i motivi di cui all'articolo 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo. Tuttavia, se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde richiesta.

Quando la corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia.

Su istanza di parte anche successiva alla proposizione dell'impugnazione, la corte d'appello può sospendere con ordinanza l'efficacia del lodo, quando ricorrono gravi motivi.

831 (Revocazione ed opposizione di terzo).- Il lodo, nonostante qualsiasi rinuncia, è soggetto a revocazione nei casi indicati nei numeri 1), 2), 3) e 6) dell'articolo 395, osservati i termini e le forme stabiliti nel libro secondo.

Se i casi di cui al primo comma si verificano durante il corso del processo di impugnazione per nullità, il termine per la proposizione della domanda di revocazione è sospeso fino alla comunicazione della sentenza che abbia pronunciato sulla nullità.

Il lodo è soggetto ad opposizione di terzo nei casi indicati nell'articolo 404. Le impugnazioni per revocazione e per opposizione di terzo si propongono davanti alla corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato, osservati i termini e le forme stabiliti nel libro secondo.

La corte d'appello può riunire le impugnazioni per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo nello stesso processo, se lo stato della causa preventivamente proposta consente l'esauriente trattazione e decisione delle altre cause».

ARTICOLO 25

Articolo 25. Modifiche al capo VI, titolo VIII, libro IV

1. Al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile il Capo VI è sostituito dal seguente:

«Capo VI

dell'arbitrato secondo regolamenti precostituiti

832 (Rinvio a regolamenti arbitrali).- La convenzione d'arbitrato può fare rinvio a un regolamento arbitrale precostituito.

Nel caso di contrasto tra quanto previsto nella convenzione di arbitrato e quanto previsto dal regolamento, prevale la convenzione di arbitrato.

Se le parti non hanno diversamente convenuto, si applica il regolamento in vigore al momento in cui il procedimento arbitrale ha inizio.

Le istituzioni di carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi di categorie professionali non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi.

Il regolamento può prevedere ulteriori casi di sostituzione e ricusazione degli arbitri in aggiunta a quelli previsti dalla legge.

Se l'istituzione arbitrale rifiuta di amministrare l'arbitrato, la convenzione d'arbitrato mantiene efficacia e si applicano i precedenti capi di questo titolo».

BIBLIOGRAFIA

Bortolotti, F. (2012). *Il contratto internazionale. Manuale teorico-pratico*. Padova: Cedam.

Briguglio, A. (2017). Per una (non assoluta ma) ragionevole compatibilità fra tutela cautelare innanzi al giudice italiano e convenzione per arbitrato esterno. *Rivista dell'arbitrato*, 4, 769-786.

Capobianco, E. (2014). *Lezioni sul contratto*. Torino: Giappichelli.

Carbone, S.M. (2014). *Autonomia privata e commercio internazionale. Principi e casi. Introduzione di Guido Alpa*. Milano: Giuffrè.

D'Angelo, A. (1992). *Contratto e operazione economica*. Torino: Giappichelli.

- Mezzetti, C.E. & M. Di Toro (2017). La coesistenza nel medesimo contratto di una clausola compromissoria e di una clausola di elezione del foro al vaglio della Corte di Cassazione. *Rivista dell'arbitrato*, 1, 105-113.
- Pennasilico, M. (2011). *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*. Napoli: ESI.
- Salvaneschi, L. (2014). Commento all'art. 808-quater. En S. Chiarloni (ed.). Arbitrato, in *Commentario del Codice di Procedura Civile* (pp. 188-194). Bologna: Zanichelli editore.
- Zucconi Galli Fonseca, E. (2016). Articolo 808-quater. Interpretazione della convenzione d'arbitrato. En F. Carpi (ed.) *Arbitrato*. Terza edizione (pp. 225-234). Bologna: Zanichelli editore.

CONTROL FREAK: REDISEÑO DE LOS MECANISMOS TÍPICOS DE CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO EN FUNCIÓN DE LOS INTERESES TUTELADOS

Hugo Forno Odría

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente el arbitraje se ha posicionado como el mecanismo heterocompositivo de solución de controversias comerciales por excelencia.

A nivel internacional, ofrece a las partes un procedimiento de ejecución de la decisión final sencillo y una garantía de imparcialidad del órgano decisor, entre otras; ventajas que no encuentran en las cortes nacionales. De hecho, según el «2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration», elaborado por White & Case y Queen Mary University of London (2018), el 97% de los encuestados prefiere el arbitraje como mecanismo de solución de controversias comerciales *cross-border*.

Esta clara preeminencia del arbitraje como mecanismo de solución de controversias comerciales también la encontramos a nivel doméstico. Sobre todo, en países en los que las cortes nacionales son poco predecibles y tienen importantes índices de corrupción. En estos casos, la ventaja de poder seleccionar a tus juzgadores, es altamente valorada.

Estas no son las únicas ventajas del arbitraje frente al proceso judicial: ofrece a las partes la posibilidad de diseñar a la medida el procedimiento de solución de controversias, confidencialidad respecto a su controversia y una solución más célere.

Sin embargo, aun cuando ha permitido resolver una serie de problemas, hay una cuestión que el arbitraje todavía no ha podido resolver: la falibilidad humana. El laudo es un producto humano y, como tal, no está libre de sufrir

patologías. Esta realidad innegable ha merecido que se diseñen mecanismos de control del laudo. En ellos se revisa si el laudo sufre patologías vinculadas a la vulneración del convenio arbitral y del orden público.

Existen dos mecanismos de control típicos: el recurso de anulación y el proceso de ejecución¹. Un amplio sector de la doctrina considera que ambos mecanismos constituyen potestades estatales dirigidas a tutelar el orden público. De allí que solo el Estado tenga la potestad de resolverlos y que la mayor parte de normas relativas al recurso de anulación y al proceso de ejecución sean imperativas. Pero, ¿es ello así? ¿Ambos mecanismos de control son potestades estatales? ¿En ambos se tutela el orden público? En este trabajo, pongo en tela de juicio esa afirmación.

En mi opinión, el Estado tiende siempre a intentar controlarlo todo, incluso aquellas cosas que no le son directamente relevantes. Una frase atribuida a Vladimir Lenin grafica perfectamente esta ilusión del Estado: «La organización está bien, pero el control es mejor».

Es esta tendencia, plasmada en normativa, la que, con el paso del tiempo, ha generado la impresión de que ambos mecanismos de control son de orden público. Sin embargo, la lógica debió ser inversa. Las normas no debieron anteceder sino seguir un estudio de los mecanismos de control y de las patologías que se pretenden controlar.

La tesis de este trabajo consiste en sostener que los fundamentos del control son distintos dependiendo del tipo de patología del laudo, por lo cual cada tipo de control merece un tratamiento distinto. Las patologías relativas a la vulneración del convenio arbitral, a las que denomino *patologías genéticas*, responden a intereses netamente privados; mientras que las patologías de orden público, a las que denomino *patologías funcionales*, responden a intereses públicos. Hecha esa distinción, sostengo que mientras el proceso de ejecución sí es idóneo para tutelar el orden público, el recurso de anulación lo es para la tutela de intereses privados.

¹ Cuando hable del arbitraje en general, diré «proceso de ejecución del laudo» para referirme a la etapa de ejecución del laudo, ya sea mediante el recurso de reconocimiento y ejecución del laudo, en arbitraje internacional, o mediante la ejecución del laudo, en arbitraje doméstico. Cuando quiera referirme a algún tipo de arbitraje en particular, diré «reconocimiento y ejecución del laudo» cuando me refiera específicamente al arbitraje internacional y «ejecución del laudo en sede nacional» cuando me refiera específicamente al arbitraje doméstico.

Esto tiene severas implicancias en las regulaciones a las que deben estar sujetos ambos mecanismos, especialmente sobre la del recurso de anulación. Implica restringir las causales por las que se puede impedir la eficacia del laudo en cada mecanismo; además, que lo resuelto en la jurisdicción primaria deba ser recogido por las cortes en la jurisdicción secundaria; que las partes puedan pactar libremente las causales de anulación, así como otras cuestiones del procedimiento y sus efectos que hasta la fecha son imperativas y que las partes puedan renunciar al recurso de anulación o incluso que puedan establecer que la jurisdicción primaria sea arbitral.

En la primera parte de este trabajo reviso los límites a la potestad de control del Estado. En la segunda sección sostengo cómo es que cada mecanismo de control es idóneo para realizar un tipo de control en concreto. En la tercera y última repaso el impacto de esta reflexión en el recurso de anulación del laudo.

Antes de concluir esta introducción, cabe señalar que el análisis efectuado en este trabajo se hace en el ámbito del arbitraje comercial. Los arbitrajes en los que el Estado interviene como parte pueden obedecer a lógicas que hagan que las conclusiones de este trabajo les sean inaplicables.

2. EL ARBITRAJE Y LOS ESTADOS: LOS LÍMITES DE LA POTESTAD DE CONTROLAR EL LAUDO DE LOS ESTADOS

Hoy no cabe la menor duda de que el arbitraje tiene su origen y fundamento en la autonomía privada. Cremades (2006), por ejemplo, ha señalado lo siguiente al respecto: «El arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad, valor fundamental que nuestro ordenamiento jurídico propugna en el artículo 1.1 C.E.» (p. 187).

Así, la vinculatoriedad del arbitraje se fundamenta en la autonomía privada y no en una concesión estatal. Como señala Bullard (2012) «lejos de constituir una delegación del Estado para que los particulares administren justicia, es en realidad más un acto de desestatización» (p. 19).

Ahora, como todo producto de la actividad humana, es posible que el laudo no sea perfecto. No es infrecuente que el laudo sufra patologías de distintos tipos. Por ello, la mayoría de ordenamientos jurídicos contempla una instancia de control del laudo. Como señalan Redfern y Hunter (2015): «*The need for some control over the way in which these decisions are reached is recognized by most, if not quite all, systems of all*» (p. 3370).

Lo que llama la atención es que, aun cuando el arbitraje es un producto de la autonomía privada, de manera generalizada la doctrina ha reconocido una potestad del Estado de controlar el laudo. Michael Kerr (1985) por ejemplo, ha sostenido lo siguiente:

Judicial review of awards is a necessary bulwark against corruption, arbitrariness, bias, [...] and [...] sheer incompetence, in relation to acts and decisions with binding legal effect for others. No one having the power to make legally binding decisions in this country should be altogether outside and immune from this system (p. 15). [Énfasis agregado].

Lo que Kerr señala es importante. El Estado tiene un rol en el control del laudo porque este es legalmente vinculante en su jurisdicción. Sin embargo, la vinculatoriedad de los contratos es un principio reconocido en la mayoría de ordenamientos y, por lo general, no se encuentra condicionado a un control previo. El laudo, como una expresión de la ejecución de un contrato, también debe ser vinculante entre las partes y esta vinculatoriedad debe ser reconocida por los Estados sin que estos, previamente, ejerzan un control del mismo. Entonces, ¿por qué el Estado controla el laudo?

En realidad, si bien es cierto que los contratos, en principio, son vinculantes sin necesidad de un reconocimiento estatal, ciertamente el Estado sí realiza una labor de control de los contratos. Esto sucede, por ejemplo, cuando la corte resuelve, anula o declara nulo un contrato. Sin embargo, en los dos primeros, este control se produce a solicitud de parte. En el último caso, en cambio, se puede dar de oficio. Esto evidencia que, aun cuando los contratos son creaciones netamente privadas, el Estado eventualmente tiene un interés directo —independiente del interés de las partes— en controlarlo. Lo mismo sucede con el laudo.

Es esencial, por ello, determinar en qué consiste este interés para poder entender los límites de esta potestad de control. La potestad controladora que el Estado puede ejercer sobre el laudo tiene un límite material, uno temporal y uno subjetivo. El límite material tiene que ver con definir qué es lo que al Estado le interesa controlar. El límite temporal tiene que ver con definir cuándo es que este interés surge. El límite subjetivo tiene que ver con definir quién —es decir, qué Estado— es quien legítimamente tiene este interés.

2.1. Límite material: el orden público

Michael Reisman y Brian Richardson (2012) han señalado lo siguiente:

As for those courts, how willing would they and the governments (whose instruments they are) be to co-sign a 'blank check' for enforcement if their own public interests were not assured? Arbitration tribunals and national courts are certainly very different but they are inseparable. How they are joined is the essential, the existential question of all forms of arbitration (p. 18).

Así, aun cuando está claro que el arbitraje es un producto netamente privado, el interés del Estado nace porque se requiere de su colaboración para que el laudo sea eficaz. Es por este interés que se reserva la potestad de controlar el laudo. Sucede exactamente lo mismo que cuando se solicita al Estado que ejecute un contrato. Revisará que no existan patologías antes de proceder a su ejecución. En algunos casos, revisará que no se vulneren intereses privados y, en otros, públicos.

Queda claro que existe la necesidad de controlar el laudo, ya sea en tutela de intereses particulares o en ejercicio de la potestad estatal de tutela del orden público. Lo que no queda claro es por qué cuando esta necesidad de controlar el laudo responde a intereses netamente privados, quien tendría la potestad de ejercer el control sería el Estado también.

Jesús Remón (2007) ofrece una respuesta:

No puede, en fin, desconocerse que el laudo interno firme, que resuelve el fondo del asunto, tiene en el sistema español fuerza de cosa juzgada sin necesidad de ningún acto de reconocimiento ni homologación (artículo 43 Ley de Arbitraje). La asignación de ese efecto explica que el Estado no se desentienda del laudo y posibilite una vía de control de las irregularidades más graves en que pudiera haber incurrido (p. 13).

Así, quienes comparten esta tesis, sostienen que, al reconocer al arbitraje como mecanismo de solución de controversias definitivo, el Estado hizo una concesión a los particulares y que, por ello, es legítimo que supervise posteriormente que esa concesión sea ejercida adecuadamente. No comparto esta tesis.

El arbitraje existe bajo la premisa de que la controversia que subyace a él y cómo resolverla importan únicamente a las partes. El Estado no tiene

un interés directo en si existió o no convenio arbitral, si las actuaciones se ajustaron a lo acordado por las partes, si el laudo excedió lo encargado, etc. Puede tener un interés indirecto en estas cuestiones, derivado del interés directo de las partes, pero para la satisfacción de este interés indirecto basta que las partes tengan la oportunidad de reclamar en la forma y en los términos que ellas mismas estimen razonable.

El Estado, en cambio, sí tiene un interés directo en que no se vulnere el orden público y que el convenio no haya sido suscrito por un incapaz absoluto o que la materia haya sido arbitrable, de acuerdo a su ordenamiento jurídico. Este interés es directo, pues es independiente del interés de las partes. Al Estado le importa que incapaces absolutos no suscriban contratos, aun cuando lo hayan querido así, por ejemplo. Así, el interés del Estado no surge por una supuesta concesión que hace a los particulares, sino un interés propio en que el laudo no viole el orden público.

Pero, ¿en qué consiste el orden público? Según Messineo (1979) el orden público es el conjunto de «principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas)» (p. 480). Por ello, como garantía de su preeminencia, se excluye la validez de los actos jurídicos que contravengan dichos principios.

Ciertamente, el orden público afecta de manera distinta la autonomía privada, dependiendo del tipo de acto jurídico del que se trate. El arbitraje y su producto, el laudo, son el fruto de la ejecución de un tipo particular de contrato, el contrato para arbitrar, y, como tal, sufre sus propias limitaciones a causa del orden público. Al respecto, Roque Caivano (2013) ha señalado lo siguiente:

El orden público tiene, en general, dos efectos sobre el arbitraje. En una primera fase, plantea un problema de arbitrabilidad, es decir, pone en tela de juicio la validez o ejecutabilidad del acuerdo arbitral celebrado por las partes. En la fase final del arbitraje, opera como uno de los elementos que los tribunales judiciales están autorizados —y obligados— a controlar para reconocer plenos efectos a lo decidido por los árbitros [...] (p. 67).

Respecto al primer punto, serán arbitrables las controversias sobre derechos o situaciones jurídicas libremente disponibles o configurables y aquellas que, no siéndolo, su arbitrabilidad sea habilitada por el ordenamiento jurídico. Así, es el orden público el motivo por el que el Estado impide que algunas materias sean arbitrables. Como señala Fernando Mantilla-Serrano (2005): «Esta referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales, con o sin contenido patrimonial» (pp. 45-46).

Con respecto al segundo punto, definir el orden público no es una tarea sencilla. Recordemos que ya se ha pasado un primer filtro, que consiste en determinar que materias no son arbitrables. Siendo ello así, las controversias que pueden ser discutidas en un arbitraje deben encajar como controversias acerca de derechos de libre disposición o permitidos por la ley. Entonces, ¿cuáles son aquellas cuestiones de orden público que son susceptibles de ser arbitradas, pero cuya trasgresión en el laudo permite al Estado negarse a ejecutarlo?

Lo primero que habría que señalar es que no forman parte de este conjunto todas las normas imperativas, ya que, como señala Caivano, no todas son de orden público:

[D]esde un punto de vista conceptual, no es lo mismo «norma de orden público» que «norma imperativa», pues la imperatividad puede no haber tenido como objeto la protección de un interés general. De donde se sigue que, si bien todas las normas de orden público son imperativas, no todas las normas imperativas son de orden público (p. 67).

En mi opinión, en un Estado que suscribe una economía de mercado, solo deberían regularse, mediante normas imperativas, aquellas cuestiones que sean efectivamente de orden público, aquellas cuestiones que, de no regularse imperativamente, podrían resultar afectando los principios más elementales que fundamentan el ordenamiento jurídico y que afectan a la sociedad en su conjunto. Lamentablemente, basta dar una mirada al ordenamiento jurídico nacional para verificar que muchas de las normas imperativas que se establecen no interesan a la sociedad, sino únicamente a los particulares, tal vez por un afán paternalista del Estado, más que por tutelar el orden público.

Por ello, el Estado no tiene la potestad de controlar que estas no hayan sido vulneradas. Esta es una potestad que corresponde al árbitro por designio de las partes, a quienes este tipo de normas realmente importan. El Estado solo tiene la potestad de controlar que el laudo no contravenga normas que importen a la médula del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la ejecución de un contrato cuya causa está prohibida por el ordenamiento jurídico, un laudo que manifiestamente versa sobre derecho de terceros, la ejecución de un contrato suscrito por un incapaz absoluto, etc. Todos estos son actos que afectan el orden público, por lo que el Estado debe negarse a ejecutarlos.

Así, es por orden público que el Estado se reserva el monopolio de decisión acerca de determinadas cuestiones y, por orden público también, tiene un interés en que los laudos cuya eficacia se pretenda no vulneren el orden público.

Esto, desde luego, no significa que el Estado no pueda ejercer la función de controlar el laudo por encargo de alguna de las partes. Pero debe quedar claro que en esos casos lo hace por encargo del particular, no por un interés directo. Cuando lo hace por encargo del particular, el fundamento del control no está en el orden público, sino en el particular. Por el contrario, cuando lo hace por interés directo, lo hace en ejercicio de su potestad de velar por el orden público.

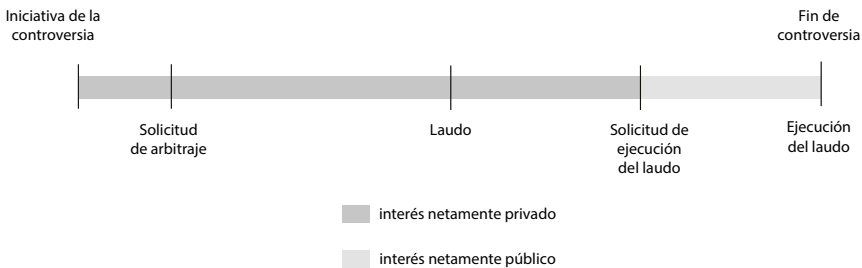
2.2. Límite temporal: la ejecución judicial del laudo

Con respecto al límite temporal del interés del Estado en el arbitraje, en la medida que —como una expresión del contrato— es un procedimiento netamente privado, en mi opinión, este no es relevante para el Estado hasta que se pretende que preste su colaboración para darle eficacia. Veamos un ejemplo para que esto quede más claro.

Imaginemos que un niño de cinco años celebra un contrato para adquirir una casa. Este contrato es, en principio, irrelevante para el Estado. Su calificación se vuelve urgente, en cambio, cuando se le pide al Estado que preste su colaboración para forzar su ejecución o para reconocer su legalidad. Es recién en ese momento que al Estado le importa verificar si trasgrede o no el orden público, pues, si lo hace, no puede prestar su colaboración para forzar su ejecución o reconocer su legalidad.

Lo mismo sucede con el arbitraje. Al Estado le interesa verificar si el laudo vulnera o no el orden público cuando se le pide su ejecución. Antes, le es irrelevante, pues, mientras no se pretenda ejecutar, no genera efectos jurídicos y, por ende, no vulnera el orden público. En otras palabras, su relevancia jurídica está condicionada a su intento de ejecución. En el siguiente gráfico del *iter* arbitral, se marca el momento de surgimiento del interés del Estado.

Gráfico 1



Como puede verse, por su propia naturaleza, la controversia y el mecanismo de solución de controversias seleccionado por las partes, el arbitraje, obedecen a intereses netamente privados. En esta etapa el laudo no es capaz de vulnerar el orden público que el Estado debe tutelar en la medida que el laudo no ha generado efectos jurídicos todavía. Esta posibilidad no se manifiesta hasta el momento en el que se solicita al Estado su colaboración para dar eficacia al laudo. Es recién en este momento que el Estado adquiere un interés en el laudo.

No hay duda de que el Estado tiene un interés en este producto netamente privado que es el laudo, que consiste en no facilitar su eficacia cuando vulneren el orden público, para lo cual debe efectuar una tarea de control. Esta tarea de control consiste en verificar que la controversia haya sido arbitrable y que el laudo no haya vulnerado normas de orden público del Estado en el que se pretende ejecutar. Pero este interés solo surge cuando sus efectos están por desplegarse. Mientras el laudo, por más contrario al orden público, no amenace con tornarse eficaz, el Estado debe permanecer inafectado.

2.3. Límite subjetivo: los estados en cuyas jurisdicciones se pretende ejecutar el laudo

Cuando el arbitraje es doméstico, los límites material y temporal delimitan el interés del Estado. Cuando el arbitraje es internacional, en cambio, surge un nuevo límite de orden subjetivo, que consiste en establecer qué Estado tiene la potestad de controlar el laudo. Este límite surge en el arbitraje internacional, pues solo en este caso más de un Estado puede tener algún tipo de vinculación con el arbitraje: los Estados de los que las partes son nacionales, el Estado cuya ley es aplicable al arbitraje, el que es aplicable al fondo o donde se ejecutará el laudo. En mi opinión, es este último el único con un interés directo en el laudo y es por eso el único legitimado a ejercer control por interés propio.

En esta sección corresponde responder a la pregunta: ¿qué Estado —cuando más de uno tenga relación con el arbitraje— está legitimado a ejercer el control por interés propio? En esos términos, la pregunta no es difícil de responder: corresponde controlar que el laudo no vulnere al Estado cuyo orden público pueda ser afectado. Y, como no puede ser de otra forma, el control lo hará contrastando el laudo con su propio orden público.

Ahora bien, se ha dicho que, en el arbitraje internacional, lo relevante es que el laudo no vulnere el orden público internacional que:

[n]o es el orden público terrenal, pero sigue en la tierra. No sería, por tanto, un orden público trasnacional, es decir un orden público común a varios Estados. Es solo una parte restringida del orden público doméstico, pero más amplia que el orden público trasnacional (Bullard, 2013, p. 199).

Sin embargo, esa definición —la de orden público internacional— parece coincidir con la opinión mayoritaria de lo que es orden público doméstico²: «principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado» (Messineo, 1979, p. 480).

² Coincido con esa posición. Como señalé, en un mundo ideal, las normas imperativas y las de orden público deben coincidir. Sin embargo, actualmente ese no es el caso. Es posible diferenciar normas imperativas que lo son por un interés de preservar el orden público y otras que lo son por diversos motivos, por lo general paternalistas.

Otra interpretación es que, en arbitraje internacional, lo importante es que el laudo no vulnere el orden público transnacional, que consistiría en:

[...] un orden público universal, donde el concepto de nociones básicas de moralidad y justicia no dependen de una concepción nacional, sino de muchas. Sería orden público, para estos efectos, los principios básicos de moralidad y justicia comunes a las naciones civilizadas (Bullard, 2013, p. 199).

Bajo esta perspectiva, el Estado debería ceder y ejecutar un laudo incluso cuando vulnere su orden público doméstico siempre que no vulnere el orden público transnacional. No coincido con esta perspectiva, por cuanto implicaría que un producto privado, como es el laudo, estaría violentando la soberanía de un determinado Estado. Cada Estado tiene la potestad de tutelar su orden público doméstico y en este caso no la tendría. Es importante recordar que, en una democracia, el orden público doméstico está fundamentado en los ciudadanos. Por ello, esta perspectiva haría que, en determinadas circunstancias, pueda primar la concepción de ciertas personas sobre la concepción de otras y que el Estado en el que estas últimas viven, reconozca y valide esta primacía de la concepción de otras personas sobre la de sus propios ciudadanos.

3. MECANISMOS DE CONTROL: RECURSO DE ANULACIÓN Y PROCESO DE EJECUCIÓN DEL LAUDO

En la sección anterior, se concluyó que es importante que existan vías por las cuales los interesados en el laudo —las partes y el Estado— puedan controlarlo. Entre el momento que se emite el laudo hasta el que se ejecuta, existen dos mecanismos típicos de control del laudo: el recurso de anulación y el proceso de ejecución. La tesis de este trabajo es que el recurso de anulación del laudo es un mecanismo de control que tutela intereses netamente privados, por lo que depende absolutamente de las partes. En cambio, en la ejecución, el control se efectúa en tutela de intereses públicos y, por tanto, es una potestad estatal. Esta posición se sustenta en la naturaleza de cada mecanismo, como se explica a continuación.

Bullard (2012) ha manifestado lo siguiente respecto al recurso de anulación del laudo:

El recurso de anulación es un pronunciamiento sobre el convenio arbitral y la forma como ha sido ejecutado este. Por eso el Poder Judicial no está ejerciendo una facultad de Derecho Público. Esta pronunciándose básicamente sobre Derecho Privado: se está pronunciando sobre el contrato para arbitrar. [...] Lo que corresponde es sustituir una visión publicista del recurso de anulación (que lo visualiza como un mecanismo de garantía de Derecho Procesal, es decir de naturaleza pública) por una visión privatista (que lo visualiza como una garantía de Derecho Contractual, es decir de naturaleza privada) [...] (pp. 26-27).

En respeto al derecho fundamental de la autonomía privada, no puede ejecutarse un contrato en el que se han violado intereses particulares, siempre que la parte afectada alegue y, desde luego, pruebe tal violación. Lo mismo sucede con los laudos. Si una parte alega y prueba que su interés manifestado en el convenio arbitral ha sido violado, este no puede ejecutarse. En realidad, la anulación del laudo es como una impugnación sobre la base de causales relativas al cumplimiento del convenio arbitral. No se puede negar que la impugnación es un derecho de las partes en tutela de su interés de tener una sentencia correcta. Lo mismo sucede en este caso.

Esto se manifiesta en el sujeto legitimado para interponer el recurso. Este debe ser iniciado por la parte vencida, lo que evidencia que su naturaleza es netamente tuitiva. Si el afectado por el laudo no interpone el recurso, no se ejercerá ningún tipo de control en vía de anulación. Esto es muy relevante, como explicamos a continuación.

Johanna Kramer demanda a su exesposo Ted Kramer la custodia completa de su hijo en sede arbitral. El señor Kramer no es favorecido con el laudo. Él sabe que esta no es una materia arbitrable. Sin embargo, por distintos problemas, no pudo interponer el recurso de anulación del laudo dentro del plazo establecido. ¿Sirvió acaso de algún control el recurso de anulación? ¿Es que acaso incumplió el señor Kramer un deber de cuidado del orden público? Es claro que no, pues el interés tutelado por el recurso de anulación es netamente privado.

Este ejemplo demuestra que el recurso de anulación del laudo no es idóneo para la tutela de intereses públicos. Un mecanismo de control que tutele intereses públicos debe ser capaz de impedir la eficacia de todo laudo que sea capaz de vulnerar el orden público, sin importar la voluntad de la parte

afectada. Un mecanismo de control que tutele de intereses privados, en cambio, debe ser capaz de impedir la eficacia de un laudo siempre que la parte afectada así lo requiera. Esta es la función que cumple el recurso de anulación.

Distinto es lo que sucede con la ejecución del laudo. Este no es un mecanismo de tutela de la parte afectada por un laudo patológico, como lo es el recurso de anulación. Tampoco es un derecho de la parte vencedora, pues, si el Estado no tuviera la potestad de controlar laudos, estos se ejecutarían al margen del Estado y este proceso no existiría. El proceso de ejecución del laudo no es otra cosa que la manifestación de una potestad estatal. En otras palabras, el Estado tiene la potestad de decidir si, en su jurisdicción, el laudo cobra vida o no. Es a causa de esta potestad que se impone la carga a la parte vencedora de que solicite al Estado la ejecución del laudo, ya que, de esa forma, todo laudo cuya eficacia se pretenda será objeto de control.

Si el recurso de anulación tuviera por función que el Estado ejerza su potestad de tutelar el orden público, tendríamos dos mecanismos de control cumpliendo la misma función de modo redundante: uno que no es idóneo para cumplir dicha función, el recurso de anulación, pues opera solo cuando a la parte vencida le interese que opere; y otro idóneo, porque funciona siempre que al Estado le interese que funcione. Ello no tendría sentido. En realidad, un doble control solo tiene sentido si el objeto de cada mecanismo es distinto.

Imaginemos por un segundo un mundo en el que fuese imposible que un laudo vulnera el orden público. ¿Qué sentido tendría someter el laudo a un proceso de ejecución? Si no existiera la posibilidad de que se afecte el orden público, probablemente los árbitros podrían ejecutarlos haciendo uso de la fuerza pública, sin ningún tipo de control judicial. Como señalamos antes, la ejecución del laudo solo existe para que el juez verifique que ella no vulnera el orden público y, por ello, no existiría en este mundo. En cambio, sí existiría el recurso de anulación para tutelar que el laudo no sufra patologías que importan únicamente a las partes, pues los árbitros no son infalibles y pueden no acatar el convenio arbitral.

Por el contrario, en un mundo en el que fuese imposible que un laudo afecte intereses privados ¿qué sentido tendría que exista el recurso de anulación? ¿Qué finalidad tendría una regulación en la que el laudo se someta a dos procedimientos distintos en los que se tutela de la misma forma el orden público? Sería redundante e inútil. De hecho, las partes no tendrían incentivos

para interponer recursos de anulación, pues sus intereses personales no se verían violados, por lo cual estos nunca se iniciarían. En cambio, sí se iniciarían procesos de ejecución, pues el Estado tiene que controlar que no se vulnere el orden público antes de dar eficacia al laudo y las partes necesitan solicitar su ejecución.

En realidad, solo uno de los mecanismos —el proceso de ejecución— es idóneo para que el Estado ejerza su potestad de tutela del orden público. La anulación es un mecanismo que cumple una función diferente, que es tutelar a las partes de patologías del laudo que afecten intereses privados. Como señalé antes, si el mecanismo de tutela es privado, será idóneo si opera siempre que las partes quieran que opere. Si el mecanismo de tutela es público, será idóneo si opera siempre que el Estado quiera que opere. Esto confirma que el recurso de anulación es privado y el proceso de ejecución del laudo, público.

En arbitraje internacional, por ejemplo, no es posible ejecutar un laudo en una jurisdicción en la que no ha sido reconocido. Por eso, siempre que se pretenda la eficacia de un laudo extranjero se revisará que este no atente contra el orden público. Esto está contemplado en el artículo V, inciso 2 de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, suscrita en 1958 en Nueva York (en adelante, «Convención de Nueva York»):

Artículo V

[...]

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

- a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

El artículo 36, inciso 1, literal b) de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, «Ley Modelo»), tiene la misma tónica:

Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

[...]

b) cuando el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

[...]

Esta lógica no tendría por qué variar tratándose de laudos domésticos. El juez tendría que verificar la validez del laudo asegurándose de que este no vaya contra el orden público. En el ejemplo anterior, si —a pesar de la insistencia de la señora Kramer— su exesposo no cumple con entregarle a su hijo y la señora Kramer pide la ejecución del laudo en sede judicial, es evidente que el juez no podrá ejecutar el laudo ordenando al señor Kramer que entregue a su hijo, sea el arbitraje internacional o doméstico.

Lo dicho hasta el momento, desde luego, no significa que —para el caso particular de arbitrajes domésticos—, en anulación no se puedan invocar causales vincularas a la trasgresión del orden público. Considerando que en este tipo de arbitrajes la jurisdicción de la sede es la misma que ejecuta el laudo, las partes y el propio juez deberían poder ser capaces de invocar causales de orden público en vía de anulación.

Ello porque las partes integran el público tutelado mediante las causales de orden público de anulación. En el caso de los señores Kramer, por ejemplo, aun cuando es por orden público que la custodia de un menor no es arbitrable, este orden público opera como una garantía, en favor de particulares como el propio señor Kramer, de que estas materias no podrán ser sometidas a arbitraje.

Por su parte, el juez debería poder invocar la causal de oficio, ya que, en la medida que el juez está llamado a tutelar el orden público, si —ejerciendo una función privada— conoce de un laudo que lo vulnera, por economía tiene sentido que lo anule. Este, sin embargo, es un mero efecto colateral del recurso de anulación, no su razón de ser.

Otro punto que evidencia que el recurso de anulación del laudo no tiene por función tutelar el orden público es cómo opera en el arbitraje internacional. Como se sabe, las cortes de la sede pactada por las partes son las competentes para conocer el recurso de anulación del laudo (la denominada jurisdicción primaria), sin perjuicio de que no sea en ella donde el laudo deba ejecutarse o desplegar sus efectos. No sucede lo mismo con el reconocimiento y la ejecución del laudo, recurso que estará a cargo de las cortes del Estado en el que se desea que el laudo sea ejecutado (la jurisdicción secundaria).

Según Michael Reisman & Brian Richardson (2012), esta doble jurisdicción es un elemento central de la Convención de Nueva York:

The distinction between primary and secondary jurisdictions is, we submit, central to the control system of the New York Convention and has been an important reason for the attractiveness of the regime to its various consumers. Limiting the radial effects of decisions in secondary jurisdictions provides an important protection for the winner and vindicates one of the key reasons for going to international arbitration. Parties initially agree to a jurisdiction for their arbitration in order to avoid the potential bias of a particular national court or courts which might have a predilection for its own national or affiliate. But arbitration is not an autonomous system, as we stated at the outset; its functioning is inextricably linked to national courts. Because there is no international arbitral sheriff to enforce an award, those same national courts that could be skirted in the earlier phases must then be recruited for enforcement once an award is rendered. And because the loser's national courts may be called on to enforce if the loser, as is likely, keeps substantial assets there and because one of the common purposes of arbitration is to allow the parties to stay out of each other's courts insofar as possible, it is necessary to design a system which confines the radial effects of the res judicata of these secondary enforcers to their own fora in order to avoid the possibility of frustrating the entire arbitration. Otherwise, there would be an ever-present danger that the loser might retreat to its own national courts, there to try to secure the nullification of the award or the enforcement of an award that had been annulled in the primary forum and then to use that judgment as a defense everywhere else.

[...]

But this control system must also have a primary jurisdiction in order to anticipate the converse peril. If no forum enjoyed the nullificatory power with universal effect accorded to primary jurisdictions under the Convention, the winner of a defective award could fail in enforcement in any forum and still continue to go to others in an effort at enforcement, harassing the other party and forcing it either to settle for a nuisance value factored by the number of

jurisdictions in which it could be pursued, or to expend great amounts of time and effort to block and block again enforcement efforts without ever securing a terminal annulment. Such undesirable effects are limited if only a primary jurisdiction has the capacity to nullify an award erga omnes (The problem of the primary jurisdiction, itself, acting in ways manifestly violative of the role assigned to it in the Convention, which we concede is not hypothetical, and which accounts for some of the proposed changes to the architecture of international commercial arbitration, will be taken up in what follows.

[...]

By allocating among the various states competences to make and apply law for these persons, things and events, and recognizing and giving effect to the proper application of those competences by individual states, the Convention makes possible processes of interaction and exchanges between individuals and entities from different communities under expectations of neutral adjudication of disputes.

In dwelling upon the essential distribution of competence in the Convention system between primary and secondary jurisdictions, and in dwelling upon the arbitration control system's conflicting interests in assuring both a fair and a final process, we have emphasized that the accomplishments of the New York Convention are hard-won realistic and pragmatic successes. It is necessary to distribute jurisdictional competences between primary and secondary fora so that states find the arbitration system attractive enough to continue to sustain the regime and enforce awards sometimes adverse to its nationals. But just as important as this need to secure ongoing state consent to the Convention regime is the need to assure predictability in the arbitral order for the good of parties seeking to consummate cross-border contracts. In this second aspect, a well-functioning control system for international commercial arbitration is enormously valuable (pp. 28-32).

Según los autores, partes de distintas nacionalidades suelen optar por resolver sus controversias en arbitraje internacional por el temor de que las cortes de los Estados de sus contrapartes estén parcializadas. El arbitraje es una alternativa que les permite que su controversia sea resuelta de forma imparcial. Sin embargo, como no existe un mecanismo igualmente neutro para ejecutar el laudo, probablemente requieran solicitar la colaboración del Estado en el que se encuentren los activos de la parte vencida que, probablemente también, será el Estado del que es nacional. Esto trae de vuelta a la mesa el peligro de la parcialización: no se puede negar al Estado ejecutante el derecho a verificar la validez del laudo como requisito para ejecutarlo, pero no se puede desconocer que una corte parcializada podría valerse de ello para no ejecutar el laudo y favorecer así a su nacional, frustrando por completo la utilidad al arbitraje.

Para evitar esto, la Convención de Nueva York limita el alcance del control de la jurisdicción secundaria a la verificación de que el laudo no sea contrario a su orden público interno. Pero, para que este sistema funcione, sostienen los autores, es preciso que además exista una jurisdicción primaria que ejerza cierta medida de control, en un momento previo al ejercido por la jurisdicción secundaria. Sin este control, sostienen, las partes podrían buscar ejecutar el laudo en distintas jurisdicciones hasta dar con una dispuesta a hacerlo. Esta jurisdicción primaria debe tener competencia para verificar algunas de las cuestiones que la jurisdicción secundaria no puede revisar por el peligro de la parcialización. Para que ello funcione, además, el control que ejerce la jurisdicción primaria debe tener efectos *erga omnes*; es decir, para todos los Estados —a diferencia del control que ejerce la jurisdicción secundaria— que tiene efectos solo para ella. Por ello, para los autores, esta jurisdicción primaria es esencial y no sería renunciable por las partes ni las cortes de las jurisdicciones secundarias podrían ejecutar laudos previamente anulados en las jurisdicciones primarias (pp. 27-28).

Coincido con que es preciso diferenciar las dos instancias de control del laudo y las funciones que cumplen, pero creo que es importante hacer algunas precisiones a la interpretación que los autores hacen de la arquitectura de la Convención. Según ellos, existe una serie de cuestiones que corresponde verificar en el laudo. De todas ellas, solo estaría justificado que el Estado ejecutante verifique que no se vaya a vulnerar su orden público interno, por el latente peligro de la parcialización. Las demás cuestiones, señalan los autores, deberán estar a cargo de una jurisdicción adicional, la jurisdicción primaria. Sin embargo, los autores no señalan cuáles son estas otras cuestiones adicionales que debe controlar la jurisdicción primaria. Intentaré responder esto.

En la sección anterior expuse que existen intereses particulares y públicos en el control del laudo. Los intereses públicos son los que tiene el Estado ejecutante de que el laudo no sea contrario a su orden público interno. Esto coincide con aquello que, según los autores, debe controlar la jurisdicción secundaria. Por eso, en la medida que cualquier otro interés legítimo en controlar el laudo es particular, la jurisdicción primaria, como esta ha sido expuesta por los autores, solo puede controlar que el laudo no vulnere intereses particulares. En consecuencia, si la jurisdicción primaria es la competente para conocer el recurso de anulación del laudo y esta solo es competente para

controlar que este no vulnere intereses privados, el recurso de anulación será un recurso netamente privado.

En conclusión, considero que los dos órdenes de control deberían definirse de la siguiente forma:

- El control que ejercen las partes mediante el recurso de anulación (jurisdicción primaria), responde a intereses netamente particulares. Su función es verificar si el laudo se ajusta al convenio arbitral. Por ello, las patologías que se detecten son consustanciales al laudo o, si se quiere, genéticas. Están presentes desde el nacimiento del laudo, y, por consiguiente, son independientes de su ejecución en un ordenamiento jurídico determinado. A ello se debe que la decisión en esta fase de control sea *erga omnes*. Como este control responde a intereses netamente privados, las partes son libres de delegarlo a las cortes de la jurisdicción que estimen conveniente y, siempre que no lo deleguen a las cortes de la jurisdicción secundaria, no debe ser materia de control la verificación de si el laudo vulnera su orden público interno, pues es irrelevante.
- El control que efectúa el Estado ejecutante en el reconocimiento y ejecución del laudo (jurisdicción secundaria) responde a la potestad de verificar que la ejecución del laudo no trasgreda su orden público interno. Esta es, si se quiere, una verificación de que no existan patologías funcionales. En otras palabras, aun cuando el laudo pueda haber nacido sin patologías —lo que solo pueden verificarse en función al convenio arbitral—, se verifica que su ejecución no sea capaz de vulnerar el orden público de ese Estado en concreto. Incluso el control de la arbitrabilidad es funcional, pues solo es posible determinar si la materia sometida a arbitraje en el convenio arbitral es arbitrable o no, según el ordenamiento jurídico del país en el que se pretende ejecutar. En esta fase no corresponde una verificación del cumplimiento del convenio arbitral. Precisamente por ello es que la decisión en esta fase de control debe tener efectos únicamente respecto a dicho Estado, quedando abierta la posibilidad de que el laudo se ejecute en una jurisdicción distinta.

En suma, que las partes puedan elegir la jurisdicción primaria a libertad, que normalmente no sea esta en la que se ejecuta el laudo y que en la que sí se ejecuta —la jurisdicción secundaria— se verifique que no se trasgreda su orden público interno, son muestras de que, en arbitraje internacional, la anulación es un mecanismo que interesa únicamente a las partes. Así como se permite a las partes elegir la ley de fondo porque esta interesa únicamente a las partes, también se les permite elegir dónde se conocerá la anulación del laudo, porque esto importa únicamente a las partes. Que las partes puedan establecer la jurisdicción competente para resolver el recurso de anulación del laudo solo tiene sentido si se reconoce que este no es un mecanismo de control público sino privado.

Por el contrario, el reconocimiento y la ejecución del laudo sí es resuelto por las cortes de la jurisdicción cuyo orden público puede ser perturbado por un laudo patológico. Las partes no pueden establecer qué Estado es competente para resolver estos recursos, pues estos sí son potestades estatales y no recursos de tutela de las partes. Sin embargo, dadas estas premisas, creo que se le puede dar más coherencia a la arquitectura de la Convención de Nueva York con una repartición más férrea de las competencias entre la jurisdicción primaria y la secundaria.

En lo que respecta a la jurisdicción primaria, ya hemos visto que el artículo 36 de la Ley Modelo contempla causales de orden público para anular el laudo en su inciso 1, literal b). Si bien esto puede tener sentido en un arbitraje doméstico en el que el Estado ejecutante y el que anula son el mismo, el artículo referido está pensado para arbitraje internacional. En este caso, como ya señalamos, no tiene sentido que en la jurisdicción primaria se verifique que, con su ejecución, el laudo no pueda vulnerar su orden público interno, pues no se ejecutará en dicho Estado.

Volvamos al ejemplo de la custodia. Imaginemos que Ted Kramer es nacional del Estado A y Johanna Kramer y su hijo, del Estado B, país en el que los tres viven. Por ello, con temor a la parcialización de las cortes, pactaron un convenio arbitral para resolver la cuestión de la custodia de su hijo. El laudo deberá ser ejecutado en el Estado B, en el cual la materia es arbitrable. Sin embargo, las partes establecieron que la sede sería el Estado C, en el cual no lo es. Por ello, aun cuando no tiene ningún tipo de vinculación con el caso, más allá del hecho de haber sido elegida por las partes, el laudo es anulado porque

vulneró el orden público del Estado C, un país en el que nunca tendrá que ejecutarse. ¿Qué vela tiene el Estado C en el entierro del orden público? El Estado C tiene la vela que le dieron las partes, que tiene que ver con verificar que el laudo se ajuste a lo pactado en el convenio arbitral. Pero, ¿por qué es que se daría al Estado elegido libremente por las partes como sede —un país que antes de eso no tenía ninguna relación con la controversia y que luego de la sentencia no la tendrá más— la potestad de controlar el laudo cuando su orden público no se ve amenazado de ninguna manera?

Si el recurso de anulación del laudo fuese un mecanismo de control del orden público, no tendría sentido que sean las partes quienes seleccionen qué Estado tiene la facultad de ejercer ese control. Tendría que ejercerlo aquel Estado cuyo orden público pueda verse afectado. Así, no cabe duda que en la jurisdicción primaria se ejercita control del laudo, pero este control es ejecutado por delegación de las partes y en tutela de sus intereses, no en tutela del orden público.

Por su parte, en lo que respecta a la jurisdicción secundaria, antes vimos que en el inciso 2 del artículo V de la Convención de Nueva York se contemplan las causales de orden público por las que un Estado tiene la potestad de no reconocer y ejecutar un laudo. Sin embargo, el inciso 1 contempla causales adicionales:

Artículo V

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

- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
- b) que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
- c) que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la

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

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

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

Resulta tan claro que estas causales no son de orden público que solo resultan procedentes «a instancia de la parte contra la cual es invocada». Esta particularidad llama la atención contrastada con el tratamiento que reciben las que se contemplan en el inciso 2, que proceden «si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba» que el laudo es contrario a su orden público interno, sea por instancia de parte o no. ¿Por qué es entonces que se dividen las causales si el Estado ejecutante podrá revisar también cuestiones que son de interés para las partes? Si, como señalan Reisman y Richardson (2012), el objeto es no dar al Estado ejecutante muchos pretextos para no ejecutar el laudo por el riesgo de que pueda parcializarse, ¿no es esto, precisamente, dar demasiados pretextos con causales que no importan a su orden público interno?

Por su parte, si las partes han decidido delegar en las cortes de un Estado revisar que el laudo no tenga patologías genéticas —es decir, controlar que no se aparte del convenio arbitral—, no corresponde que esta revisión vuelva a hacerse en una jurisdicción distinta a la pactada. Además, la consecuencia de esta división de competencias, como apuntan Reisman y Richardson, es que en la jurisdicción secundaria no pueda desconocerse la anulación resuelta en la jurisdicción primaria.

Si bien el laudo puede no vulnerar el orden público de la jurisdicción secundaria, según la jurisdicción primaria —la jurisdicción pactada por las partes— este sí trasgrede el convenio arbitral y este solo hecho debería ser suficiente para que este sea ineficaz *erga omnes*; no porque el laudo tenga nacionalidad, sino porque este no cumple con lo pactado en el convenio

arbitral, cuestión que es independiente del país en el que se ejecute. Si las partes eligieron que esto se revise en esa jurisdicción, ¿cómo luego, en buena fe, pueden solicitar una nueva revisión de estas cuestiones en la jurisdicción secundaria? Esto es desconocer su pacto sobre la jurisdicción primaria.

Nuestra Ley de Arbitraje (decreto legislativo 1071), lamentablemente, no sigue esta fórmula. Tratándose de arbitrajes domésticos, en el Perú el juez no puede invocar de oficio la causal de orden público que corresponda; ni siquiera que el laudo ha recaído sobre una materia no arbitrable, una causal que claramente importa al orden público³. Esto solo puede hacerlo en arbitrajes internacionales y solo la causal relativa a que la materia controvertida no era arbitrable o que el laudo es contrario al orden público internacional⁴.

Debería ser al revés, aplicando la reflexión precedente. Tratándose de arbitraje doméstico, por economía procesal, el juez debería poder aplicar de oficio una causal de anulación de orden público. Por el contrario, tratándose de arbitraje internacional, al Perú no le interesa si el laudo vulnera su orden público interno, por lo que no tiene sentido esta causal de anulación de oficio salvo que se entienda por «orden público internacional» la tesis del orden público transnacional expuesta por Bullard (2013, p. 199) y respecto de la cual ya he manifestado mi desacuerdo.

En suma, es innegable que eventualmente un laudo puede ser patológico. Esto puede afectar intereses privados o públicos. En ambos casos se requieren mecanismos de control que permitan a los interesados lidiar con estas patologías. El mecanismo con el que cuentan las partes para tutelar sus intereses frente a un laudo patológico es el recurso de anulación. Esta es una potestad exclusiva de las partes. En cambio, el mecanismo con el que cuenta el Estado para tutelar el orden público de laudos patológicos es el proceso de ejecución.

³ Dicho sea de paso, si la anulación fuese un mecanismo de tutela del orden público, ¿qué control sería ese que no se puede ejercer de oficio? Imaginemos, en el ejemplo del arbitraje sobre la custodia de un menor, que el señor Kramer plantea un recurso de anulación, pero no alegando que la materia no es arbitrable sino cualquier otra causal infundada. El juez, que advierte que la materia no es arbitrable, no podría anular el laudo, pues no puede invocar la causal correcta de oficio. Esto generaría situaciones absurdas.

⁴ Artículo 63 de la Ley de Arbitraje.-

[...]

6) En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

[...].

4. CONSECUENCIAS DE LA TEORÍA PRIVATISTA DEL RECURSO DE ANULACIÓN: LA LIBERTAD PARA DEFINIR LAS CAUSALES DE LA ANULACIÓN, LA POSIBILIDAD DE SUSPENDER LOS EFECTOS DEL LAUDO DURANTE EL RECURSO, LAS CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN Y LA ARBITRABILIDAD DEL RECURSO

Hasta el momento, he demostrado que el recurso de anulación del laudo es un mecanismo de control que responde a intereses netamente particulares y que, como tal, debe cumplir esa función. Pero, ¿cuál es el verdadero impacto de esto? En mi opinión, en el recurso de anulación de laudo, las partes deberían poder gozar de una serie de ventajas que se desprenden de la naturaleza privada del recurso:

- Poder pactar la renuncia al recurso de anulación del laudo arbitral.
- Tener la garantía de que las cortes de la jurisdicción secundaria no podrán desconocer la decisión de las cortes de la jurisdicción primaria respecto a si el laudo se ajusta o no al convenio arbitral.
- Poder fijar libremente las causales de anulación, la posibilidad de suspender los efectos del laudo durante el recurso las consecuencias de la anulación y la posibilidad de suspender los efectos del laudo durante el recurso.
- Poder someter la anulación a arbitraje.

En esta sección profundizaré en las ventajas de poder definir las causales de anulación y de poder someter a arbitraje el recurso de anulación.

4.1. La libertad de las partes para definir las causales de anulación

Si la premisa es que el recurso de anulación es un mecanismo que solo importa a las partes, no habría por qué impedirles establecer causales que les habilitan a interponer un recurso de anulación que se ajusten a sus intereses.

De hecho, la jurisprudencia internacional ha desarrollado una causal que no suele ser recogida por las regulaciones del recurso de anulación y que podría interesar a las partes incluir: el *manifest disregard of the law* o manifiesto desacato de la ley.

Cuando las partes convienen que el arbitraje sea de derecho están estableciendo que la decisión deberá basarse en fundamentos jurídicos. El *manifest disregard of the law* supone que el tribunal arbitral claramente ignoró la norma que

evidentemente era aplicable (O'Mullan, 1995, pp. 1124-1125). Es decir, el desacato a la norma debe ser tal que la decisión no sea de derecho. Esto, sin embargo, supone ingresar a revisar el fondo de la controversia, que es algo que, como regla general —y con buen criterio—, se evita en las causales típicas de anulación del laudo.

Como comenta Smit (2009), que las normas arbitrales no incluyan esta causal y que las cortes tiendan a no atenderla durante los procedimientos de anulación y ejecución del laudo ha llevado a las partes a solucionar el tema mediante convenios arbitrales, ya sea incluyéndola como causal de anulación o sometiendo la anulación del laudo a arbitraje.

Dije que me parece que las normas arbitrales no han incluido el *manifest disregard of the law* con buen criterio, pues creo que en términos generales las partes suelen buscar al arbitraje como un recurso *one shot*. Es decir, una de las ventajas del arbitraje es que el fondo de la controversia será revisado una sola vez. Esta causal de alguna forma trastoca ese concepto y, por eso, creo que sería pernicioso incluirla en la ley como una causal. Sin embargo, si el recurso de anulación es un mecanismo de control que tutela intereses netamente privados, no veo por qué las partes no podrían recoger esa causal si lo consideran beneficioso. El recurso de anulación es un mecanismo en el que se verifica que el tribunal arbitral haya cumplido el contrato para arbitrar. En ese sentido, en un arbitraje de derecho, tanto incumple el tribunal arbitral si resuelve fuera del plazo como si lo hace aplicando criterios no jurídicos.

Este es solo un ejemplo de causales que normalmente no están recogidas en las regulaciones de anulación del laudo y que para algunas partes podría ser relevante considerar.

Para ello, es preciso establecer la supletoriedad de las causales de anulación del laudo establecidas en las regulaciones de arbitraje. Ciertamente, ese no es el caso de la regulación actual de la materia en la Ley de Arbitraje, como queda claro de una lectura de sus artículos 62 y 63:

Artículo 62.- Recurso de anulación

1. Contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63 [...].

Artículo 63.- Causales de anulación

1. Laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]. [Énfasis agregado]

4.2. La arbitrabilidad del recurso de anulación

Al entrar en una relación contractual, las partes prevén la posibilidad de que surjan controversias. Por ello, deben contrastar los dos mecanismos de solución de controversias capaces de dar fin a la disputa de manera definitiva: el proceso judicial y el arbitraje. La posibilidad de elegir entre ellos es una manifestación de su autonomía privada. Cuando optan por el arbitraje lo hacen porque consideran que les es más ventajoso que la jurisdicción ordinaria.

Una de estas ventajas es la facultad que tienen las partes de designar a sus juzgadores. Esto genera que las partes puedan designar un tribunal arbitral en cuyo criterio jurídico o técnico confíen. Permite también que elijan árbitros de solvencia moral garantizada para evitar problemas de corrupción o conflictos de intereses.

Además, un arbitraje suele durar bastante menos que un proceso judicial. Por lo general, un arbitraje tiene una sola instancia y que las partes tengan la posibilidad de incidir directamente en la conformación del tribunal arbitral les permite procurar que quienes se encarguen de resolver su controversia tengan una carga de arbitrajes menor a la carga de procesos que suelen soportar los jueces. Se añade a esto la posibilidad que tienen las partes de establecer el tiempo de duración de su proceso arbitral, lo cual es impensado en un proceso judicial.

Otra de las ventajas es la flexibilidad del proceso arbitral. El proceso judicial se caracteriza por su rigidez: todo el procedimiento está preconfigurado por leyes imperativas. En el arbitraje, en cambio, impera el principio de flexibilidad. Así las partes pueden determinar la duración del arbitraje, la cantidad de escritos que cada una de las partes puede presentar, si habrá una audiencia o varias, el plazo que los árbitros tienen para laudar, las reglas para el interrogatorio de testigos, para la admisión y exhibición de pruebas, si habrá o no *discovery*, etc. Siempre que no se quiebre la naturaleza del arbitraje como mecanismo de solución de controversias definitivo y el principio de igualdad de las partes, la flexibilidad permite a las partes establecer un procedimiento a la medida.

Otra característica del arbitraje considerada como una de sus principales ventajas es su confidencialidad. Esta permite que no salgan a la luz las controversias de las partes, lo que podría ser pernicioso. Por ejemplo, disputas entre familiares o socios, cuestiones relativas al *know how* o a la propiedad industrial de una empresa, podrían ser reveladas públicamente o a la competencia⁵.

En definitiva, no cabe duda de que las partes que someten la solución de sus controversias a arbitraje consideran que esta es una mejor alternativa que la sede judicial. Por ello, no es descabellado asumir que, por lo general, querrán que estas ventajas los acompañen desde que la controversia surge hasta que se soluciona definitivamente, salvo que ellas mismas decidan someter alguna fase del procedimiento a sede judicial, como sucede, por ejemplo, cuando alguna de las partes solicita una medida cautelar fuera del proceso ante el poder judicial. Esto no sucede cuando ya no depende absolutamente de las partes la definición del mecanismo y su procedimiento.

En el recurso objeto de este trabajo, el recurso de anulación del laudo regulado en la Ley de Arbitraje, las partes deben recurrir al poder judicial. Además, no pueden elegir las causales por las cuales iniciarlo. En esos casos, sin duda, estamos ante una anomalía. La anulación de laudo en sede judicial devuelve al arbitraje algunos de los problemas que las partes querían evitar al renunciar a la jurisdicción ordinaria para resolver su conflicto:

- Las partes no pueden elegir al juzgador, por lo que su capacidad e imparcialidad no está garantizada.
- La duración del proceso no depende de ellos sino de la carga procesal de quien se aboca al conocimiento de la causa.
- Las partes no pueden elegir la duración del proceso ni ninguna otra regla de este por la rigidez que impera en los procesos en sede judicial.
- La sentencia que resuelve el recurso por lo general puede ser impugnada ante la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional por determinadas causales, lo que dilata aún más el procedimiento arbitral.

⁵ Ciertamente, un sector de la doctrina ha cuestionado la confidencialidad de determinadas cuestiones del arbitraje como la designación de los árbitros, por ejemplo. [Ver, Malatesta & Sali, 2013; Buys, 2003, pp. 121-138; Gruner, 2003, pp. 923-963.] Sin embargo, no cabe la menor duda de que la confidencialidad –sea que sea una regla *opt in* u *opt out* o que aplique a todo o parte del procedimiento– es una de las ventajas más valoradas.

- La publicidad es la regla, por lo que la confidencialidad ganada al optar por el arbitraje se pierde parcialmente gracias al recurso de anulación del laudo.

En buena cuenta, es como si se diera a las partes gato por liebre. Se les asegura que si optan por resolver sus controversias en sede arbitral tendrán una serie de ventajas. Pero estas los acompañan solo hasta cierto punto. Pongamos un ejemplo. Imaginemos que las partes optan por someter su controversia a arbitraje por la confidencialidad. Una vez que llegan a anulación, la ventaja desaparece, pero no solo desaparece de ese punto en adelante: es destruida y dejada sin efectos, pues ahora es de público conocimiento que las partes siempre tuvieron una controversia. Esto, sin dudas, es una anomalía.

Ahora, al menos en arbitraje internacional, se ha contemplado la posibilidad de que las partes renuncien al recurso de anulación del laudo. De hecho, existan jurisdicciones, como la peruana, la suiza y la belga, que permitan la renuncia al recurso de anulación cuando ninguna de las partes sea nacional. Ello, al menos en arbitraje internacional, evitaría regresar los problemas del proceso judicial al *iter* arbitral. Sin embargo, esta ha probado no ser una salida demasiado atractiva para las partes.

En Bélgica, el Código Judicial de 1985 eliminó el recurso de anulación del laudo cuando ninguna de las partes sea belga. Es decir, no es que las partes tenían el derecho a renunciar a este recurso, sino que ya no existía, aunque así lo quisieran. Esta decisión fue adoptada creyendo que ello les haría una sede más atractiva. El resultado, sin embargo, fue completamente distinto al esperado. Como señalan José Fernando Merino Merchán y José María Chillón Medina (2006) «[e]llo fue una crítica unánime por ir en contra de la expresa voluntad de las partes que ha motivado la nueva redacción del artículo 1703 en la reforma de 1998, en el cual se incorpora de nuevo la posibilidad de esta renuncia, pero no con carácter taxativo, como era el caso de la ley anterior» (pp. 1767-1768). Esto tiene una explicación antropológica, como señala Fabio Núñez del Prado (2017), que radica en la necesidad de impugnar.

Enrique Véscovi (1988), recordaba que Bentham sostenía que el derecho al «pataleo», derecho a cuestionar una decisión, es una conducta propia de los seres humanos. Así, «el hijo menor tiende a recurrir a la autoridad del padre contra las órdenes del hijo mayor, o los hijos en general a los abuelos, contra las ‘injusticias’ del padre, etc.» (p. 25). Núñez del Prado (2017), comentando

la cita, ha señalado que «así como en el ámbito más humano las personas tienen la necesidad de contradecir, en el plano jurídico tienen la necesidad de impugnar. Así, todo parece indicar que la impugnación surge de una necesidad psicológica del ser humano» (p. 16)

La teoría y la práctica confirman que las partes no son proclives a renunciar al recurso de anulación. Entonces, ¿cómo evitar que el *iter* arbitral se vea afectado por las desventajas del proceso judicial a causa del recurso de anulación del laudo en sede judicial?

Mi propuesta es permitir a las partes someter el recurso de anulación del laudo a arbitraje. Esto no debe confundirse con una apelación del laudo en un segundo arbitraje. A diferencia de lo que sucedería con una apelación, someter el laudo a un recurso de anulación arbitral supone que luego ni el laudo sometido al recurso de anulación ni el laudo que lo resuelve puedan ser sometidos a recurso de anulación en sede judicial ni a ningún otro mecanismo de impugnación. Con el arbitraje de anulación se agotaría la revisión de la jurisdicción primaria.

Ello debe ser así, pues, en caso contrario, se desnaturalizaría la alternativa. El propósito del recurso de anulación arbitral es impedir que el procedimiento arbitral se vea afectado por algunas de las desventajas del proceso judicial comentadas antes. Pero, si siempre el procedimiento es susceptible de terminar en el Poder Judicial, ¿qué sentido tendría?

Así, la arbitrabilidad del recurso de anulación ofrece una alternativa más atractiva que su renuncia: un mecanismo de control del laudo, pero que no está contaminado de las desventajas del proceso judicial que desean evitar. Por ello, creo que si aquellos que renuncian al recurso de anulación tuvieran la opción de someter el recurso de anulación a arbitraje esta les resultaría una opción preferible.

Además, en un esquema de distribución de competencias entre las jurisdicciones primarias y secundarias, sería menos probable que las partes renuncien a la anulación. Actualmente, la renuncia no es tan descabellada, pues las causales de anulación contempladas en las leyes de arbitraje que se basan en la Ley Modelo son virtualmente las mismas que las que se contemplan en el artículo V de la Convención de Nueva York. Si la distribución fuera como la propongo, esto no sería así y las partes serían

menos proclives a quedarse sin un mecanismo que controle que el laudo ha cumplido con lo pactado por las partes en el convenio arbitral.

Por último, es preciso señalar que el recurso de anulación arbitrado debería ser optativo, como sucede con las medidas cautelares. Sin embargo, la norma debería establecer que la jurisdicción por default del recurso sea el arbitraje, no el proceso judicial. Por definición, una norma supletoria es aquella que aplica ante la falta de pacto de las partes y, considerando su naturaleza dispositiva, su único propósito es servir a las partes a efectos de reducir costos de transacción. En atención a ello, una norma supletoria eficiente es aquella que las partes hubieran acordado si hubieran negociado el tema que en ella se regula (Cooter & Ulen, 2016, p. 293). En este caso, el tema a regular es el recurso de anulación del laudo y, de acuerdo con la primera premisa, resulta claro que la norma supletoria debería ser la anulación en sede arbitral, pues la anulación en sede judicial es anómala.

Este planteamiento no vulnera la convencionalidad del arbitraje. El fundamento por el cual las reglas supletorias pueden integrar un contrato es que cuando las partes guardan silencio respecto a una estipulación regulada supletoriamente implícitamente la están aceptando (Barnett, 1992, p. 826). En ese sentido, si seguir el recurso de anulación en sede arbitral fuese la regla supletoria, cuando las partes no convengan que el recurso de anulación se seguirá en sede judicial, implícitamente estarían acordando que este se someta a arbitraje.

Estas reflexiones llevan a concluir lo siguiente:

- Someter el recurso de anulación a la vía arbitral no es otra cosa que permitir que el recurso de anulación sea sometido a la competencia de un tribunal arbitral.
- Someter el laudo a un recurso de anulación arbitral supone que luego ni el laudo sometido al recurso de anulación ni el laudo que lo resuelve puedan ser sometidos a recurso de anulación en sede judicial ni a ningún otro mecanismo de impugnación.
- El recurso de anulación en vía arbitral es un mecanismo más atractivo para las partes que la renuncia, pues les da un derecho a cuestionar la decisión, sin que su arbitraje se vea contaminado de las desventajas del proceso judicial.

Antes de terminar esta exposición, es preciso mencionar antes que esta tesis no es unánime. Hans Smit (2009), ha expresado su opinión en los siguientes términos:

In commercial arbitration the means of review allowed in domestic annulment actions and in recognition and enforcement actions under the New York Convention should remain available as statutorily prescribed means of review deemed appropriate by the bodies politic (p. 1004).

Lo que sostiene el autor, en otras palabras, es que los recursos de anulación, reconocimiento y ejecución del laudo deben de mantenerse como potestades estatales. No obstante, esta posición no puede ser acogida, pues, a diferencia de lo que sucede con la ejecución, la anulación del laudo no es una potestad estatal sino una garantía de las partes, por lo que, respecto a ella, esta crítica no sería atendible.

5. CONCLUSIÓN

Como todo producto de elaboración humana, el laudo no está libre de sufrir patologías y, por eso, es necesario que existan mecanismos para controlarlo. El problema es que, tanto a nivel internacional como nacional, no se pensó en interés de quién se dispone el control, al diseñar los mecanismos típicos de control, el recurso de anulación y el proceso de ejecución del laudo. Esa reflexión no es solo importante a nivel teórico. Esta es necesaria para un diseño adecuado de cada mecanismo y una coherente articulación entre ambos.

Existen dos tipos de patologías que afectan al laudo: patologías genéticas y funcionales. Las genéticas son las que surgen por el principio de vinculatoriedad del convenio arbitral, en función del cual se resta eficacia al laudo que contraviene el convenio arbitral. Estas patologías son absolutas; es decir, independientes de la jurisdicción en la que se ejecuta el laudo y, por tanto, la decisión de anular el laudo sobre la base de estas causales debe ser recogida por todo Estado que respete el principio de vinculatoriedad del contrato. Este tipo de patologías, por su naturaleza, es irrelevante para el Estado. Solo importa a las partes; en concreto, a la parte afectada por la vulneración del convenio arbitral. Prueba de ello es que es comprobable antes de que se solicite la ejecución del laudo a un Estado en concreto.

Las patologías funcionales, por su parte, son justamente opuestas. No es posible verificarlas con el nacimiento del laudo, pues son relativas al Estado en el que se pretenda ejecutar el laudo. El concepto de relatividad es muy importante. En la medida que el laudo puede ser funcionalmente patológico para un Estado y no para otro, las consecuencias de esta patología, la decisión de no ejecutarlo, es únicamente vinculante para dicho Estado.

Pues bien, el recurso de anulación tiene como función natural controlar que el laudo no incurra en patologías genéticas. Por ende, solo es relevante para las partes. A ello responde que sea la parte afectada por el laudo quien tiene legitimidad para interponer el recurso. Ello, además tiene ramificaciones en el procedimiento que lo hacen inidóneo para tutelar el orden público, lo que confirma que esa no puede ser su función. Si el recurso de anulación se interpone a iniciativa de la parte afectada, es posible —y, de hecho, no infrecuente— que existan laudos que vulneren el orden público y que no sean sometidos a este recurso. Desde luego, podría decirse que, por un tema de costos, esta es la única forma de controlar el laudo: esperar que la parte afectada pretenda impugnarlo. Ese, sin embargo, no es el caso.

El proceso de ejecución del laudo, en cambio, tiene por función natural controlar que el laudo no incurra en patologías funcionales. Este es idóneo para que el Estado ejerza su potestad de tutelar el orden público impidiendo que ciertos laudos tengan efectos en su jurisdicción. Los Estados ejercen este mecanismo de control obligando a las partes favorecidas por los laudos a someterlos a un proceso de ejecución. De esta forma, el Estado controla todos los laudos cuya eficacia se pretenda en su jurisdicción. Así, la probabilidad de que un laudo escape al control del orden público por parte del Estado es mucho menor en estos procesos que en el recurso de anulación.

Coadyuva a esta tesis el hecho de que las partes puedan designar qué Estado tiene competencia para conocer el recurso de anulación al pactar la sede del arbitraje. Si las partes pueden decidir qué Estado es competente, es evidente que esta no es potestad de ninguno en particular. Si lo fuera, las partes no podrían prorrogar la competencia. Si el recurso de anulación tuviera como función el tutelar el orden público de un Estado en particular, ¿por qué la anulación la resolvería un Estado en donde el laudo potencialmente patológico no va a tener ningún efecto? ¿Cómo es que un laudo que se ejecutará en otra jurisdicción afecta el orden público de la sede? No sucede

lo mismo con el reconocimiento y ejecución del laudo, en el cual los Estados competentes son aquellos en los que el laudo surtirá efectos. En estos casos, además, la competencia no es prorrogable.

Esta reflexión genera determinadas consecuencias en el diseño de los mecanismos de control del laudo a nivel internacional y doméstico.

Tratándose de arbitraje internacional, es necesaria una mejor distribución de competencias respecto al control de los laudos. Carece de sentido que en la jurisdicción primaria se pueda anular el laudo por trasgredir su orden público, pues el laudo no lo afectará de ninguna forma. En esta, solo se deberá anular el laudo por apartarse de lo pactado por las partes en el convenio arbitral. Por su parte, en el proceso de ejecución no tiene sentido que se vuelva a revisar si el laudo contraviene o no el convenio arbitral, pues esta revisión ya la efectuó la jurisdicción que las partes eligieron para ello. Aceptar que en la jurisdicción secundaria se vuelvan a revisar estas cuestiones supone desconocer el pacto de las partes. Por ello, en la jurisdicción secundaria, ni se puede decidir ejecutar un laudo anulado en la jurisdicción primaria por causales relativas a la trasgresión del convenio arbitral ni anular uno validado en la jurisdicción primaria por las mismas causales.

Por su parte, en los procesos de ejecución del laudo, tanto en arbitraje doméstico como en arbitraje internacional, es preciso que el Estado tenga la potestad de verificar si el laudo trasgrede o no su orden público interno y, de hacerlo, tenga la potestad de no ejecutarlo. El Estado no tiene por qué prestar su colaboración para dotar de eficacia a laudos contrarios a su orden público y esta es la única forma en la que puede controlar que ello no suceda de manera eficaz.

Asimismo, tanto en arbitraje doméstico como internacional, las partes deben poder pactar la renuncia a la anulación del laudo. No existe motivo por el cual no se pueda renunciar a este recurso, pues este es un mecanismo que interesa únicamente a las partes. Esto, como se sigue de lo expuesto, no supone que el Estado pierda el control de los laudos, pues este control deberá ejercerlo en el proceso de ejecución.

Otra conclusión de la reflexión acerca de los intereses detrás del recurso de anulación es que no existe motivo para que el Estado deba ejercerlo. Por lo general se ha considerado que este control debe efectuarse necesariamente en sede judicial, pues sería una potestad estatal. Sin embargo, como ya vimos, la

potestad estatal debe ejercerse en el proceso de ejecución del laudo. El recurso de anulación es un mecanismo de tutela privado y por tanto no veo motivo por el cual no pueda ser ejercido por un tribunal arbitral.

Ello supone que ni el laudo sometido al recurso ni el laudo que lo resuelve puedan ser sometidos a un recurso de anulación en sede judicial ni a ningún otro mecanismo de impugnación. Además, significa que las partes deben ser libres de establecer el procedimiento, las causales de anulación y las demás particularidades. Por último, supone que la norma supletoria debe ser el recurso de anulación en sede arbitral, pues es esto lo que probablemente las partes pactarían si lo hubieran contemplado.

De hecho, esto sería favorable para las partes. Cuando las partes eligen uno de ellos para resolver su controversia, es normal asumir que lo hacen porque lo prefieren frente al otro y que lo hacen para todo el procedimiento, desde que se suscita la controversia hasta que esta se resuelve de forma definitiva. Desde ese punto de vista, cuando las partes eligen someter sus controversias a arbitraje, resulta anómalo el tener que acudir en determinadas etapas del *iter* arbitral al proceso judicial. La arbitrabilidad del recurso de anulación permitiría que las ventajas inherentes al arbitraje que no son compartidas por el proceso judicial también las acompañen durante el recurso de anulación.

La anomalía, cabe recalcar, es haber elegido arbitraje y, a pesar de ello, estar forzado a acudir al proceso judicial en determinadas instancias. El tener la alternativa, en cambio, no es una anomalía porque se sigue la misma lógica de la autonomía privada.

En conclusión, el impulso controlador del Estado lo ha llevado a arrogarse el control de cuestiones netamente privadas del laudo, generando una situación completamente anómala que es una isla de restricción en el mar de libertad del arbitraje. El que el Estado haya monopolizado el control del laudo ha generado la impresión de que el recurso de anulación debe ser rígido, impidiendo a las partes pactar libremente su renuncia, las causales de anulación, los efectos de la anulación, su arbitrabilidad, etc.

Con este trabajo he pretendido estudiar una alternativa para que las partes puedan tener un procedimiento arbitral más coherente. No existen motivos por los cuales no puedan gozar de las ventajas que un arbitraje ofrece en el recurso de anulación. Ciertos sectores de la doctrina ya han estudiado

y demostrado que recurso de anulación es una garantía privada. La tesis plasmada en este trabajo es solo una evolución natural de esas ideas.

BIBLIOGRAFÍA

- Bullard González, A. (2012). El dilema del huevo y la gallina: el carácter contractual del recurso de anulación. *Derecho & Sociedad*, 38.
- Bullard González, A. (2013). No cometerás actos impuros: el orden público y el control judicial del laudo arbitral. *Thémis. Revista de Derecho*, 63.
- Buys, C. (2003). The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration. *American Review of International Arbitration*, 14.
- Caivano, R. (2013). Arbitrabilidad y orden público. *Foro Jurídico*, 12.
- Cooter, R. & T. Ulen (2016). *Law & Economics*. San Francisco: Berkeley Books.
- Cremades, B. (2006). El arbitraje en la doctrina constitucional española. *Lima Arbitration*, 1.
- Gruner, D.M. (2003). Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform. *Columbia Journal of Transnational Law*, 41.
- Kerr, M. (1985). Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, 34.
- Malatesta, A. & R. Sali (2013). *The Rise of Transparency in International Arbitration. The Case for the Anonymus Publication of the Arbitral Awards*. Nueva York: Juris Publishing Inc.
- Mantilla-Serrano, F. (2005). *Ley de Arbitraje*. Madrid: Iustel.
- Merino Merchán, J.F. & J.M. Chillón Medina (2006). *Tratado de derecho arbitral*. Madrid: Civitas.
- Messineo, F. (1979). *Manual de derecho civil y comercial. Tomo II*. Buenos aires: EJEA.
- Núñez del Prado Cháves, F. (2017). El recurso de anulación del laudo y el derecho a patlear. *Thémis. Revista de Derecho*, 71.
- O'Mullan, M. (1995). Seeking Consistency in Judicial Review of Securities Arbitration: An Analysis of the Manifest Disregard of the Law Standard. *Fordham Law Review*, 64.
- Redfern A. & M. Hunter (2015). *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

- Reisman M. & B. Richardson (2012). The Present - Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts. An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration. *Arbitration: The Next Fifty Years*. Kluwer Law International.
- Remón Peñavaler, J. (2007). Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 3.
- Smit, H. (2009). Contractual Modifications of the Arbitral Process. *Penn State Law Review*, 113.
- Véscovi, E. (1988). *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamerica*. Buenos Aires: Depalma.
- White & Case & Queen Mary University of London (2018). International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-18.pdf>.

APUNTES RESPECTO DE LA PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE ANULACIÓN POR CUESTIONAMIENTOS A LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Héctor Campos García

La sentencia que el árbitro dictó sobre la cuestión debe cumplirse, tanto si es justa como si es injusta [...] y soportarse, con buen ánimo, aún la menos aceptable [...]

D. 4.8.27.2

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

En el ordenamiento jurídico peruano, desde una perspectiva práctica¹, las cortes superiores declaran la nulidad de algunos laudos arbitrales por cuestionamientos a su motivación.

El problema que afronta la presente investigación consiste en determinar si cuando se formula una demanda de anulación del laudo sobre la base de cuestionamientos a la motivación del mismo ante tribunales peruanos es exigible, como requisito de procedencia, que el demandante haya invocado dicho cuestionamiento a la motivación; a través, de un reclamo previo o alguna de las solicitudes de rectificación, interpretación, integración o exclusión (en adelante, las solicitudes contra el laudo) ante el propio tribunal arbitral.

La implicancia práctica del problema es innegable, ya que nos encontramos ante la identificación de la existencia, o no, de un requisito de procedencia

¹ Así lo evidencian los trabajos de Wong Abad, J. (2013); León Pastor, R. <<http://www.leonpastor.com/2014/09/los-defectos-de-motivacion-justifi>>; Martel Chang, R. (2018) y Rivas Caso, G. (2017). Este último, después de realizar un estudio estadístico encontró que casi el 60% de los procesos de anulación de laudos se sustentan en un cuestionamiento a la motivación del mismo.

de la demanda para una de las causales que, frecuentemente, se utiliza como fundamento para solicitar la nulidad del laudo en el ordenamiento peruano. Y si se presta atención a que la posición de la jurisprudencia peruana no es uniforme, entonces las consecuencias prácticas del problema planteado devienen en manifiestas.

Para abordar el problema indicado, luego de realizar las precisiones metodológicas correspondientes, abordaré las siguientes interrogantes: ¿cuál es el modelo de justificación de los laudos arbitrales en el ordenamiento peruano? ¿Cuál es el modelo de anulación de laudos arbitrales por cuestionamientos a su justificación en el ordenamiento peruano? ¿Son las solicitudes contra el laudo (rectificación, interpretación, integración, exclusión) mecanismos idóneos para cuestionar la motivación del laudo ante el tribunal arbitral? ¿Se puede formular un reclamo previo ante el tribunal por los defectos de motivación del laudo arbitral? ¿La demanda de anulación por cuestionamientos a la motivación debe ser declarada improcedente si dicho cuestionamiento no fue formulado previamente ante el tribunal arbitral?

2. PREMISA: ADVERTENCIAS DE CARÁCTER METODOLÓGICO RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA

El decreto legislativo 1071 que norma el arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje peruana), así como la mayoría de ordenamientos de Latinoamérica², se encuentra influenciada por la Ley Modelo de Uncitral sobre arbitraje comercial e internacional³. La constatación de este hecho determina la necesidad de realizar dos advertencias de carácter metodológico.

En primer lugar, conocer la ascendencia de la Ley Modelo Uncitral en la Ley de Arbitraje peruana es de fundamental importancia al momento de realizar una labor de interpretación, ya que, en buena cuenta, el legislador, en muchas parte de la Ley, ha importado un modelo que responde a una lógica particular:

² Sobre el particular se puede consultar: Briceño Berrú, J. (2011); Conejero Roos, C. (2005), quien informa lo siguiente: «[...] la Ley Modelo estableció dos principios básicos en materia de control de laudos arbitrales obtenidos dentro del territorio del país que sirve de sede arbitral, a saber: (i) la petición de nulidad como único recurso para impugnar el laudo y (ii) el establecimiento de causales específicas y taxativas de nulidad, cuya enumeración coincide con aquella contenida en la Convención de Nueva York» (p. 129); y Rey Vallejo, A. (2014).

³ Respecto del modelo de la ley Uncitral puede aún consultarse: McNerney, M. & C.A. Esplagues (1986).

la del arbitraje internacional comercial; lo cual es importante conocer antes de pretender postular una posición en particular respecto de los alcances y límites de las instituciones que conforman la regulación del arbitraje en el ordenamiento peruano, ya que solo así se podrá respetar la naturaleza y los fines que se buscan regular y propiciar.

No obstante ello, no considero que en ningún caso la situación antes descrita implique un condicionamiento irreflexivo a la interpretación que se realice respecto del material normativo en sede arbitral existente en el ordenamiento peruano, ya que la lógica presente en la misma debe ser necesariamente interpretada de forma coherente con otras instituciones, sin pretensiones de avasallamiento o de absoluta autonomía; y siempre respetuosa de los mandatos establecidos en otras normas imperativas o de orden público.

En segundo lugar, el hecho que el parámetro que se haya tomado como referencia sea la Ley Modelo Uncitral, es decir un documento normativo de *soft law* que respondió a un proceso de negociación⁴ entre países con prácticas arbitrales tanto del *civil law* como del *common law*; conlleva un cuestionamiento a la legitimidad de la legislación peruana.

Y es que la misma no responde a prácticas que sean, necesariamente, aceptadas o reconocidas en el ordenamiento nacional, sino que responden a la imposición de un paradigma que, en la mayoría de las veces, responde a una fórmula transaccional de los países que formaron parte de la discusión del documento normativo.

Realizadas estas dos advertencias es momento de ingresar al análisis del modelo que el ordenamiento peruano ha asumido sobre la motivación de los laudos arbitrales y, especialmente, su incidencia en las causales de anulación. Luego de ello, me centraré en analizar el requisito de procedencia de las demandas de anulación en las que se alegue algún cuestionamiento a la motivación del laudo.

⁴ Sobre el particular: Cantuarias Salaverry, F. (2007) y Castillo Freyre, M. & R. Vásquez Kunze (2010).

3. EL MODELO DE JUSTIFICACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

De acuerdo al artículo 56 de la Ley de Arbitraje y, siguiendo a la Ley Modelo Uncitral⁵, a menos que las partes dispongan lo contrario, «todo laudo debe ser motivado»; de lo cual se desprenden dos reglas, evidentes, pero que considero deben ser exteriorizadas.

Por un lado, se establece que los árbitros tienen el deber de motivar los laudos cuando las partes no hayan indicado lo contrario; y, por otro, se reconoce que las partes cuentan con el derecho de establecer que el laudo que resuelva su controversia de forma definitiva no tiene que estar motivado. Ambas reglas merecen ser analizadas.

3.1. Alcance de la justificación del laudo arbitral en el ordenamiento peruano y su relación con la motivación de las resoluciones judiciales

Respecto de la primera (los árbitros tienen, en principio, el deber de motivar los laudos que emitan) se debe esclarecer el alcance del término «motivar».

Si bien se podría empezar la labor interpretativa en función de lo que gramaticalmente implica el término «motivación» o recurrir, de forma automática, a lo que se entiende jurídicamente como tal en nuestro ordenamiento con una clara influencia a la «motivación de las resoluciones judiciales», prefiero empezar por delinear si el término «motivar» tiene una acepción particular o específica en función del modelo de arbitraje internacional comercial, asumido al momento en que se estableció la disposición normativa materia de comentario.

La revisión de la Ley Modelo Uncitral, en específico del numeral 2 del artículo 31, no brinda información adicional, ya que en su versión en castellano, de aquella, indica expresamente que: «El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa [...]».

Sin embargo, la lectura de la versión en inglés de la citada Ley Modelo cambia el panorama.

⁵ Los estándares de motivación en materia de laudos arbitrales pueden diferir, por ejemplo, en función de si se trata de un arbitraje comercial internacional o un arbitraje de inversiones. Sobre el particular se puede revisar: Lalive, Pierre, (2010) y Schreuer, C.H., et. Al. (2011).

Y es que para hacer referencia al equivalente de lo que en la versión en castellano se denomina como «motivado» se señala lo siguiente: «*The award shall state the reasons upon which it is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given [...]*»⁶.

La pregunta que cabe formular es la siguiente: ¿son expresiones equivalentes «motivar» y «*state the reasons upon which it is based*» (exponer las razones sobre las cuales está basado)?

Desde una perspectiva especializada en la práctica del arbitraje comercial internacional, que es la que por ahora me interesa resaltar, se afirma⁷ lo siguiente:

The requirement for reasons does not demand that the arbitrators write a learned article on the issues in dispute, nor deliver an award of any particular length. Indeed, in some instances, longer is not better, but worse, by tending to obscure the real issues and bases for decisions. The essential requirement is that the tribunal identify the issues that were dispositive in the dispute and explain, concisely, the thought-process underlying its decision. (Traducción libre: «El requisito respecto de las razones no exige que los árbitros escriban un artículo erudito sobre los temas en disputa, ni entreguen un laudo de alguna longitud en particular. De hecho, en algunos casos, una mayor longitud no es mejor, sino peor, porque tiende a ocultar los problemas reales y las bases de las decisiones. El requisito esencial es que el tribunal identifique los asuntos que estaban dispuestos en la disputa y explique, de manera concisa, el proceso de pensamiento que subyace en su decisión»).

⁶ Esta es la posición que ha seguido el Reglamento de arbitraje internacional del Centro Internacional de Solución de Controversias, que en su artículo 30, numeral 1, señala lo siguiente: «*The tribunal shall state the reasons upon which the award is based, unless the parties have agreed that no reasons need be given*»; el Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio internacional en el artículo 32, numeral 2, señala que: «*The award shall state the reasons upon which it is based*»; asimismo, el Reglamento de arbitraje de la Corte Internacional de arbitraje de Londres, en artículo 26, numeral 2, dispone lo siguiente: «*The Arbitral Tribunal shall make any award in writing and, unless all parties agree in writing otherwise, shall state the reasons upon which such award is based*»; el Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en el artículo 36, numeral 1, señala que: «*The Arbitral Tribunal shall make its award in writing, and, unless otherwise agreed by the parties, shall state the reasons upon which the award is based*»; y, por último, el Reglamento de arbitraje de Uncitral que en el artículo 34, numeral 3, señala lo siguiente: «*The arbitral tribunal shall state the reasons upon which the award is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given*».

⁷ Ver Born, G. (2012).

A continuación se precisa⁸ el alcance de la «motivación» en los siguientes términos:

The requirement for a reasoned award is also not a requirement for a well-reasoned award: bad or unpersuasive reasons are still reasons, and satisfy statutory requirements for reasoned awards. As discussed below, in a limited number of jurisdictions, awards made in locally-seated arbitrations may be annulled if they are internally-contradictory. This requirement focuses on the dispositive portions, rather than the reasoning, of the award and should not be seen as a form of requirement for clear or consistent reasoning. (Traducción libre: «El requisito de un laudo razonado tampoco es un requisito para un laudo bien razonado: las razones malas o no persuasivas son todavía razones y satisfacen los requisitos legales para los laudos razonados. Como se explica a continuación, en un número limitado de jurisdicciones, laudos realizados en arbitrajes locales puede anularse si son contradictorios internamente. Este requisito se enfoca en las partes dispositivas, más que en el razonamiento, del laudo y no debe considerarse como una forma de requisito para un razonamiento claro o consistente»).

Tal como se puede apreciar, la «motivación» a la que se alude en la práctica del arbitraje comercial internacional, que es el estándar adoptado por la legislación arbitral peruana, tiene un alcance que excluye la valoración respecto de la corrección sustantiva o no de la exposición de las razones que justifican la decisión⁹, pero que es posible que contemple, en función de lo establecido por jurisdicciones locales en específico, la revisión de la coherencia interna de la parte dispositiva del laudo.

Formulado en estos términos la «exposición de las razones sobre las que está basado el laudo» resulta manifiesto porque no deviene en equiparable con el núcleo duro del derecho fundamental a la motivación de las sentencias judiciales¹⁰, según el parámetro legalmente establecido en el ordenamiento

⁸ *Ibíd.*, p. 2455. Esta visión debe ser complementada con lo indicado en *Uncitral 2012 Digest of case in the Model Law on International Commercial Arbitration*, pp. 127-128.

⁹ Esta posición la han hecho suya, entre otros: Bullard González, A. (2011): «el deber de motivar contenido en el artículo 56 de la LA se refiere simplemente a incluir una motivación, y no a asegurar una determinada calidad de la misma»; Cantuarias Salaverry, F. (2007, p. 322); Cantuarias Salaverry, F. & J.L. Repetto Deville (2015, pp. 32-45).

¹⁰ Por el contrario, relacionando la motivación con el derecho al debido proceso arbitral, se pronuncia en un modo diferente: Palacios Pareja, E. (2008).

procesal peruano¹¹, respecto del cual se ha propuesto¹² estructurarlo de la siguiente manera:

(a) enunciación de las elecciones realizadas por el órgano judicial para; (a1) individualización de las normas aplicables; (a2) verificación (ascertamiento) de las alegaciones de hecho; (a3) calificación jurídica del soporte fáctico; (a4) consecuencias jurídicas provenientes de la calificación jurídica del hecho; (b) el contexto de los nexos de implicación y coherencia entre dichos enunciados y (c) la justificación de los enunciados con base en criterios que evidencian que la elección del juez haya sido racionalmente correcta.

De esta constatación se aprecia que si se quería establecer diferencias sustanciales entre la motivación judicial, por ejemplo, y la justificación de los laudos arbitrales, entonces considero que no fue la mejor elección el recurrir al término «motivar» para hacer alusión a la expresión «razones que subyacen a la decisión»¹³, lo cual si bien no resulta determinante para la interpretación de la legislación arbitral peruana, estimo hubiese servido para plantear una línea divisoria más clara entre el estándar de motivación de una resolución judicial y la fundamentación existente en un laudo arbitral.

De hecho, otros dispositivos han sido más fieles con el contenido de lo que se busca cuando se realiza la fundamentación de un laudo. Así, en el caso del Reglamento de Arbitraje de Uncitral en el numeral 3 del artículo 34 se señala lo siguiente: «*The arbitral tribunal shall state the reasons upon which the award is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given*». La versión en castellano dispone lo siguiente: «El tribunal arbitral expondrá las razones en las que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón».

¹¹ Sobre el particular, desde una perspectiva que evalúa la legislación desde una perspectiva histórica: Ariano Deho, E. (2006).

¹² En ese sentido se ha expresado, respecto del ordenamiento peruano: Cavani, R. <<https://afojascero.com/2013/10/19/motivacion-de-las-decisiones-judiciales-en-busqueda-de-su-nucleo-duro/>>

¹³ Sin embargo, esta poca prolija labor de traducción no ha sido exclusiva de la Ley Modelo UNCITRAL. En la misma situación se encuentra, por ejemplo, el Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Así en el numeral 2 del artículo 31, de la versión en inglés, se señala que «*The award shall state the reasons upon which it is based*», lo cual aparece traducido en la versión en castellano del mismo reglamento de la siguiente manera: El laudo deberá ser motivado.

3.2. El pacto de no justificación de los laudos arbitrales. Reflexiones en torno a su validez en el ordenamiento peruano

Respecto de la segunda regla (el derecho de las partes de establecer que el laudo que resuelva su controversia de forma definitiva no tiene que estar motivado) considero que resulta indispensable reflexionar, aunque sea someramente, respecto de la validez de un acuerdo en tal sentido.

Si bien se cuenta con una habilitación legal expresa en la Ley de Arbitraje peruana que permite dicho tipo de pactos, creo necesario no caer en automatismos en pro de la validez de aquellos sobre la base de una mera constatación normativa. Ello a efectos de determinar no solo las particularidades de la fundamentación de los laudos arbitrales, respecto de la motivación de las resoluciones judiciales, sino el alcance del reconocimiento de esta última como un derecho fundamental.

El problema surge en que, si solamente se justifica la validez de un acuerdo de no motivación en su reconocimiento legal, bastaría entonces encontrar, por ejemplo, un fundamento constitucional al deber de motivar las resoluciones, para que dicha habilitación legal quede relegada y pierda vinculatoriedad frente a los particulares.

Este hecho determinaría, en la práctica, un retraso en la solución de una controversia sujeta a un pacto de este tipo; ya que de mediar el mismo, y en caso se le considere nulo, se tendría que emitir un nuevo laudo, ahora sí motivado, llevando a las partes, precisamente, a aquello que quisieron evitar: invertir recursos en una revisión de la motivación del laudo.

A lo anterior puede sumarse el argumento, ahora a nivel legal, referido a que la fórmula prevista en la legislación peruana arbitral (que admite el pacto de no motivación del laudo arbitral) respondió a una fórmula transaccional¹⁴ entre

¹⁴ Rubino-Sammartano, M. (2014) señala lo siguiente: «*Two opposite views exist as to role of reasons. In civil law jurisdictions, reasons are an essential requirement of judgments and awards. Lack of reasons may then be a solid ground for setting aside the award. Insufficient or contradictory reasons may, depending on the circumstances, be equated to lack of reasons and represent the majority of the situations in which an attack is made against the reasons of the award while total lack of reason of the award is rare. In some common law jurisdictions much less importance is paid to reasons. In English domestic arbitrations for a long time an arbitrator was under no duty to give reasons, and American domestic arbitration seems to have followed suit*» (p. 1170). Traducción libre: «Existen dos puntos de vista opuestos en cuanto al papel de la justificación. En las jurisdicciones del *civil law*, las razones son un requisito esencial de los procesos y laudos. La falta de razones puede ser una base sólida

la práctica arbitral del *civil law* y del *common law* característico del trabajo subyacente a una Ley Modelo; por lo que el reconocimiento de la posibilidad de establecer que el laudo no sea motivado responde, realmente, a una práctica de un sistema jurídico ajeno al peruano, de donde se desprende que no podría considerarse como vinculante, no solo por su falta de legitimidad, sino por el hecho de que en nuestro sistema se le reconoce a la motivación el carácter de derecho fundamental.

Finalmente, si se atiende a que de todas las funciones que puede cumplir la motivación¹⁵, una de ellas es, precisamente, la de ser una garantía del derecho

para anular el laudo. Dependiendo de las circunstancias, las razones insuficientes o contradictorias pueden equipararse a la falta de razones y representar la mayoría de las situaciones en las que se realiza un ataque contra las razones del laudo mientras que la falta total de la justificación del laudo es raro. En algunas jurisdicciones del *common law* se presta mucha menos importancia a las razones. En los arbitrajes internos en Inglaterra, durante mucho tiempo, un árbitro no tenía la obligación de dar razones, y el arbitraje interno estadounidense parece haber seguido el ejemplo».

En la misma línea, respecto del Reglamento de arbitraje de Uncitral, que tiene la misma posición que la Ley Modelo Uncitral, Caron, D. & L. Caplan (2013) recuerdan lo siguiente: «*When the Rules were drafted, this approach “reflect(ed) the law in many jurisdiction, particularly countries with a civil law system, to require that arbitral awards incorporate the reasons for the decisions reached by the arbitrators”. It is thus not surprising that many Committee negotiators from the civil law countries supported the rule as drafted. The representatives from the United Kingdom and the United States, two common law nations, were of a different view, however. At the time, the prevailing practice in those countries did not require a statement of reasons in the awards; a tribunal’s reasons typically were stated separately in an attachment that did not form part of the award or were not stated at all. Consequently, the British representative proposed that the rule be made permissive rather than mandatory (“may” instead of “shall”), leaving the arbitrators “free to incorporate the reasons in the award or to state them separately, depending on the traditions in their country”. The British proposal did not prevail ultimately, but prompted discussions that led the Commission to alter the rule to accommodate other practices* (pp. 750-751). Traducción libre: «cuando las reglas fueron esbozadas, este enfoque “reflejó la legislación en muchas jurisdicciones, particularmente en países con un sistema perteneciente al *civil law* para exigir que los laudos arbitrales incorporen las razones de las decisiones tomadas por los árbitros”. Por lo tanto, no es sorprendente que muchos negociadores del comité pertenecientes a los países del *civil law* apoyaron la regla tal como está redactada. Sin embargo, los representantes del reino unido y los estados unidos, dos naciones del *common law*, tenían una opinión diferente. En ese momento, la práctica prevaleciente en esos países no requería una declaración de razones en los laudos; las razones de un tribunal típicamente se expresaron por separado en un anexo que no formaba parte del laudo o que no se mencionaba en absoluto. En consecuencia, el representante británico propuso que la regla se hiciera permisiva en lugar de obligatoria (“puede” en lugar de “deberá”), dejando a los árbitros “la libertad de incorporar las razones en el laudo o de declararlas por separado, dependiendo de las tradiciones en sus países”. La propuesta británica no prevaleció en última instancia, pero provocó discusiones que llevaron a la Comisión a modificar la regla para acomodar otras prácticas».

¹⁵ Por ejemplo, Aliste Santos, T. (2011) habla de funciones endoprocesales y extraprocesales. En el ordenamiento peruano: Ariano Deho, E. (2016) identifica las siguientes funciones de la motivación: (i) desde el punto de vista del juez: una función preventiva de los errores; (ii) desde el punto de

de defensa; y por ende, un límite a la arbitrariedad de quienes resuelven el conflicto de manera definitiva¹⁶, entonces, una renuncia a la motivación derivada del acuerdo de las partes, podría ser vista como el establecimiento de un espacio en donde la solución de controversias de un conflicto está caracterizada por la arbitrariedad, lo cual, a primera vista, aparece como contraria a la idea de que la interdicción a la arbitrariedad forma parte de un Estado Constitucional.

No considero que las razones expuestas sean atendibles y por ende mermen la validez de un acuerdo en el que las partes establezcan que el laudo no debe ser motivado o, incluso, que fijen un estándar de motivación particular.

En primer lugar, en efecto, existe un derecho fundamental previsto constitucionalmente a motivar las resoluciones; sin embargo, el mismo solo se configura en el ámbito de las resoluciones judiciales.

Ello se observa fácilmente en el inciso 5 del artículo 139 del texto constitucional peruano de 1993, en el cual se señala que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es: «La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan».

Si algún alcance da la referencia constitucional antes transcrita al derecho a la motivación es que el mismo se configura en el contexto en el que se haya emitido una resolución judicial. Y por más carácter jurisdiccional (*rectius: jurisdiccionalidad asimilada*) que la Constitución y el Tribunal Constitucional le haya reconocido al arbitraje, lo judicial (en donde de por medio está el ejercicio de una función estatal) no es equiparable a lo arbitral (en donde no hay ejercicio de función estatal alguna, y por el contrario encuentra su fundamento vinculante para las partes en su propia autonomía).

En consecuencia, el fundamento constitucional del derecho a la motivación de las resoluciones se refiere, únicamente, a las resoluciones judiciales; por lo que, un pacto que prescinda de la «motivación» de un laudo arbitral, no solo no entraría en colisión con el precepto constitucional por el hecho de estar

vista de las partes: una función endoprocesal o de garantía de la defensa; y, (iii) desde el punto de vista de la colectividad: una función extraprocesal o democrática de garantía de la publicidad. A las que, la misma autora, añade la función de servir para la ubicación del precedente (pp. 213-214).

¹⁶ Sobre el particular cfr. Franciskovic Ingunza, B. & C.A. Torres Angulo (2011).

haciendo referencia a nociones o estándares de motivación diferentes —tal como se vio en el acápite anterior—, sino porque el marco de actuación del derecho fundamental se encuadra dentro del ejercicio de una función estatal (poder judicial).

En segundo lugar, es más aparente que real el hecho de que la legislación peruana haya adoptado una regla que no forma parte de su tradición jurídica (como lo sería el pacto de no motivación de los laudos arbitrales), no solo por el alcance que tiene *the reasoned* en los ordenamientos pertenecientes al *common law*¹⁷, sino porque la exigencia de «motivación» del laudo no es propiamente el estándar de «motivación» que se maneja en el fuero procesal, entonces el haber adoptado dicha posibilidad en función de las prácticas comerciales internacionales no colisiona con los fundamentos de nuestro

¹⁷ Ver Strong S. I. (2015), quien precisa lo siguiente: «*Some people appear to believe that reasoned rulings are an exclusive feature of the common law legal tradition. However, civil law countries have long considered reasoned legal opinions to be essential to procedural justice, even though the shape of a civil law judicial opinion can differ significantly from what is standard in common law jurisdictions. For example, reasoned decisions in France are usually quite short and “formulated in a single sentence, including several ‘whereas-es’ (attendus). However, other civil law jurisdictions, most notably Germany, often generate reasoned opinions that are remarkable for their ‘length and thoroughness’”. Although French courts consider very brief, highly deductive opinions to be sufficiently reasoned as a matter of procedural fairness, this particular structural approach does not appear to have been routinely adopted in international commercial arbitration. Instead, the concept of a reasoned award in international commercial arbitration appears to more closely resemble the longer, more discursive models seen in the common law and in civil law jurisdictions like Germany. Thus, most awards in international commercial arbitration currently run dozens of pages in length*» (pp. 13-14). Traducción libre: «algunas personas parecen creer que las decisiones razonadas son una característica exclusiva de la tradición legal del *common law*. Sin embargo, los países pertenecientes al *civil law* han considerado durante mucho tiempo que las opiniones legales razonadas son esenciales para la justicia procesal, a pesar de que la forma de una opinión judicial del *civil law* puede diferir significativamente de lo que es estándar en las jurisdicciones del *common law*. Por ejemplo, las decisiones razonadas en francia suelen ser bastante cortas y “formuladas en una sola oración, incluyendo varios ‘considerandos’. Sin embargo, otras jurisdicciones del *civil law*, especialmente alemania, a menudo generan opiniones razonadas que son notables por su ‘longitud y rigurosidad’”. Aunque los tribunales franceses consideran que las opiniones muy breves y altamente deductivas están suficientemente razonadas por una cuestión de imparcialidad procesal, este enfoque estructural particular no parece haber sido adoptado rutinariamente en el arbitraje comercial internacional. En cambio, el concepto de un laudo razonado en el arbitraje comercial internacional parece asemejarse más a los modelos más largos y discursivos vistos en el *common law* y en las jurisdicciones del *civil law* como alemania. Por lo tanto, la mayoría de los laudos en arbitraje comercial internacional actualmente ejecutan docenas de páginas de longitud».

Si se advierte esta posibilidad, entonces se comprenderá que resulta determinante el recurrir a la posición que asume, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París, tal como lo hacen Cantuarias Salaverry, F. y J.L. Repetto Deville (2015, p. 41), siguiendo a Rouche, J.; Pointon, G.H. & J.L. Delvolvé (2003, pp. 208-209); dado el estándar de motivación exigible en las cortes francesas.

ordenamiento jurídico, siendo plenamente legítima su adopción, y práctica, en los arbitrajes que se rijan bajo la ley peruana.

Y es que debe tomarse en consideración que la práctica internacional¹⁸ opta por la motivación de los laudos en comparación con la opción de no motivar, por lo que la disposición normativa prevista en la Ley de Arbitraje cumple con la lógica de las normas supletorias, en tanto establece una regla que responde a lo que las partes usualmente pactan en el marco de un arbitraje.

Adicionalmente, y en función de lo indicado previamente, dado que el modelo constitucional peruano de motivación únicamente alude a las resoluciones judiciales, entonces mal podría considerarse que un pacto de no motivación pueda contravenir el orden público nacional para justificar su invalidez por afectar al núcleo duro de un derecho fundamental.

Ni siquiera el hecho de considerar al arbitraje como un medio heterocompositivo de solución de controversias ayudaría para justificar la invalidez de un acuerdo como el que se está analizando. Y es que el carácter heterocompositivo de los medios de solución de controversias solo determina la participación de un tercero en la resolución de la disputa, pero en ningún caso conlleva el reconocer por ese solo hecho, que dicho tercero ejerza poder público sobre las partes en conflicto.

En tercer lugar, es innegable que la motivación de las resoluciones judiciales contribuye a evitar la posible arbitrariedad en la que incurra el juzgador en el caso concreto. Sin embargo, en el caso del arbitraje comercial internacional, que como lo he advertido es el parámetro a tomar en cuenta para evaluar la legislación arbitral peruana, la justificación que los árbitros realicen respecto de sus decisiones en los laudos cumplen otras funciones, diferentes a coadyuvar a la proscripción de la arbitrariedad, toda vez que no nos encontramos ante el ejercicio de un poder público por parte de los árbitros.

Desde una perspectiva estructural, la exposición de razones que justifican una decisión en el laudo permite configurar una:

[...] very important forms of persuasive authority and have been said to reflect a type of «soft precedent» in certain types of international disputes (most notably those involving investment and sports arbitration) and in certain types

¹⁸ Así lo hace notar Schlaepfer, A.V. & C. Cremades (2013, pp. 1411-1421).

*of matters (most notably those involving arbitral procedure)*¹⁹. (Traducción libre: «muy importante forma de autoridad persuasiva y se ha dicho que reflejan un tipo de “precedente blando” en ciertos tipos de disputas internacionales (especialmente aquellas que involucran inversiones y arbitraje deportivo) y en ciertos tipos de asuntos (especialmente aquellas que involucran procedimientos arbitrales))»).

Desde una perspectiva no estructural, se indican²⁰ las siguientes funciones de la expresión de las razones que subyacen a la decisión contenida en el laudo arbitral:

(i) provide key assurances regarding the nature and quality of justice that is being dispensed by the arbitrator;

(ii) improves the quality of the decisionmaking process and consequently of the decision itself;

(iii) to enhance the legitimacy of the arbitral process in the eyes of the arbitrators, the parties and the public by demonstrating the seriousness and integrity of the arbitral endeavor; y,

(iv) provide parties with a more detailed and satisfactory explanation of why the arbitrator decided as he or she did.

(Traducción libre:

«(i) proporcionar garantías clave con respecto a la naturaleza y la calidad de la justicia que se imparte por el árbitro;

(ii) mejora la calidad del proceso de toma de decisiones y, en consecuencia, de la decisión misma;

(iii) refuerza la legitimidad del proceso arbitral a los ojos de los árbitros, las partes y el público demostrando la seriedad e integridad del esfuerzo arbitral

(iv) proporcionar a las partes una explicación más detallada y satisfactoria de por qué el árbitro decidió como lo hizo»).

Tal como se puede apreciar, la «motivación» de los laudos arbitrales tiene importantes funciones que cumplir; sin embargo, las mismas entran en el ámbito de disposición de las partes debido a la habilitación contemplada por

¹⁹ «[...] muy importante forma de autoridad persuasiva y se ha dicho que reflejan un tipo de “precedente blando” en ciertos tipos de disputas internacionales (especialmente aquellas que involucran inversiones y arbitraje deportivo) y en ciertos tipos de asuntos (especialmente aquellas que involucran procedimientos arbitrales. (Traducción libre) Strong, S. I. (2015, p. 15).

²⁰ Strong, S. I. (2015, pp. 19-20).

el legislador, la cual, como ya he indicado, no entra en colisión con ninguna disposición constitucional o de orden público.

4. EL MODELO DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES POR CUESTIONAMIENTOS A SU JUSTIFICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Una vez expuesto el funcionamiento y alcance de la justificación de los laudos arbitrales en el ordenamiento peruano es necesario realizar un bosquejo de la forma en la que opera el modelo de anulación de los laudos arbitrales, precisamente, por cuestionamientos a su justificación (o «motivación» según el común entendimiento).

La explicación del modelo de anulación de laudos arbitrales en el ordenamiento jurídico peruano debe empezar por reconocer que, más allá de la posición (aparentemente) expresa prevista en la legislación peruana²¹ y la indicada por un sector de la doctrina respecto de la imposibilidad de que a través de la anulación se revise la justificación de los laudos arbitrales²², es un dato fáctico que los tribunales de justicia que conocen de las demandas de anulación de laudos arbitrales las amparan²³ cuando media un cuestionamiento a la motivación de aquellos.

Conviene anotar que las causales que se suelen emplear para anular los laudos arbitrales por cuestionamientos a su motivación son, básicamente, dos.

Por un lado, se encuentra la causal prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje en la que se indica que se puede anular un laudo cuando una de las partes no ha podido, por cualquier razón, hacer valer

²¹ Decreto legislativo 1071.- Artículo 62.- Recurso de anulación.
[...]

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

²² Cantuarias Salaverry, F. & J.L. Repetto Deville (2015, pp. 41-44), Rivas, G. <<https://www.enfoquederecho.com/2017/03/22/desnaturalizando-todo-la-motivacion-como-causal-de-anulacion-del-laudo/>>

²³ León Pastor, R. <<http://www.leonpastor.com/2015/04/caso-llamoja-por-que-no-mezclar-papas.html>>, sistematiza como defectos de motivación de las resoluciones judiciales, a partir de la sentencia recaída en el expediente 728-2008/HC/TC (Caso Llamuja), en los siguientes escenarios: (i) ausencia absoluta de motivación; (ii) motivación con defectos lógicos; y, (iii) motivación con defectos de insuficiencia. En la misma línea se pronuncia Rivas, G. (2017).

sus derechos, siendo que ante un cuestionamiento a la motivación del laudo se habría afectado el derecho a la debida motivación de alguna de las partes.

Por otro lado, se recurre al literal c) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje en la que se indica que si las actuaciones arbitrales no se ajustaron a lo dispuesto en el decreto legislativo 1071, en donde se indica que a falta de pacto en contrario el laudo debe estar motivado (numeral 1 del artículo 56), entonces un laudo que tenga cuestionamientos respecto de su motivación habría incumplido lo establecido respecto a la necesidad de motivar el laudo.

En su diseño y aplicación ambas causales presentan cuestiones problemáticas que a mi juicio han coadyuvado a incentivar la intervención de los jueces en lo laudado; a través, de los procesos de anulación de laudos; por lo que, me centraré en dos aspectos puntuales que deben de ser abordados de forma preliminar a ingresar a discutir la problemática acerca de la procedencia de la demanda de anulación.

4.1. La imprecisión del legislador al regular la causal de anulación prevista en el numeral 1 del literal b) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje

Una vez más, es clara la influencia de la Ley Modelo Uncitral en la legislación arbitral peruana²⁴. Aquella, en su artículo 34 (La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral) del Capítulo VII (Impugnación del laudo), en específico en el numeral ii) del literal a) del inciso 2) dispone lo siguiente:

El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

la parte que interpone la petición pruebe:

[...]

ii) 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* [...].

Sin embargo, desde mi perspectiva, dicha influencia ha adolecido de un flagrante error de traducción que no ha sido advertido entre nosotros y que,

²⁴ Para un balance sobre la aplicación de la anulación de laudo arbitral reciente, ver: International Bar Association, *Annulment of arbitral award by state court: review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process* (2018).

por el contrario, ha sido visto²⁵ como el reconocimiento expreso de una ampliación de los derechos que, en caso sean lesionados, puedan justificar la anulación del laudo arbitral.

Si revisamos la versión en inglés podremos apreciar que el alcance de la causal de anulación es mucho más restringido. Veamos:

An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:

(a) the party making the application furnishes proof that:

[...]

(ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or [...].

Tal como se puede apreciar fácilmente, no es lo mismo indicar como causal de anulación *unable to present his case* (la cual alude a limitaciones en el ejercicio del derecho de defensa), que indicar no ha podido ejercer sus derechos (cuyo alcance es más amplio, que incluso alcanzaría al derecho al debido proceso arbitral²⁶).

Al respecto debe tenerse en consideración que con relación al alcance de la causal *was otherwise unable to present his case* se ha indicado lo siguiente:

Several related procedural guarantees should be considered to be incorporated into Article 34(2)(a)(ii): (a) the right to equal treatment; (b) the right to an adequate opportunity to present one's case; and (c) the right to regular, non-arbitrary procedures. These guarantees reflect the basic mandatory procedural requirements that national law imposes on locally-seated arbitrations. These various guarantees apply generally to all aspects of the arbitral procedures, including constitution of the tribunal, presentation of both factual evidence, and legal argument, and opportunities to respond to either the other party's case or to new arguments identified by the arbitrators²⁷. (Traducción libre: «Se debe considerar que varias garantías procesales relacionadas se

²⁵ Avendaño Valdez, J.L. (2011) indica lo siguiente: «Por otro lado, el texto del artículo 63, inciso 1) apartado b) es prácticamente igual al que tenía el inciso 2) del artículo 73 de la LGA, solo que este era más extenso, pues luego de hacer referencia a que el recurrente no hubiera podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, añadía “siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa”» (p. 695).

²⁶ Esta es la posición de Arrarte Arisnabarreta, A.M. (2007); Santistevan de Noriega, J. (2008); Avendaño Valdez, J.L. (2011); Alva Navarro, E. (2011).

²⁷ Born, G. (2012, p. 2578).

incorporan al Artículo 34 (2) (a) (ii): (a) el derecho a la igualdad de trato; (b) el derecho a una oportunidad adecuada para presentar el caso; y (c) el derecho a procedimientos regulares, no arbitrarios. Estas garantías reflejan los requisitos procesales básicos obligatorios que impone la ley nacional a los arbitrajes locales. Estas diversas garantías se aplican en general a todos los aspectos de los procedimientos arbitrales, incluida la constitución del tribunal, la presentación de las pruebas fácticas y el argumento legal, y las oportunidades para responder al caso de la otra parte o a los nuevos argumentos identificados por los árbitros»).

Ante dicha discrepancia soy de la opinión que debe prevalecer la versión en inglés de la Ley Modelo y que, en consecuencia, no resulta viable una interpretación que pretenda reconducir los cuestionamientos a la motivación del laudo a través de la causal prevista en el literal b del numeral 1 del artículo 63.

Sustento esta posición en una razón histórica.

La Ley Modelo sustentó las causales de anulación de laudo en la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros (1958). Esta Convención regula las causales de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos en diferentes causales previstas en el artículo V. Respecto de ellas cabe prestar atención a la regulada en el literal b).

En la versión en inglés se indica que: «*The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case*».

Esta disposición, en la versión en castellano, se traduce de la siguiente manera: «Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, *por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa*».

Como se puede apreciar, en este caso, la expresión *was otherwise unable to present his case* se tradujo como «*por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa*».

Ello permite apreciar; por un lado, la correcta dimensión de la causal bajo examen, en donde: «*The principle behind this applies to the right to orally address a relevant issue during the proceedings, whenever that cannot be dealt with merely*

*by way of exchange of pleadings*²⁸. (Traducción libre: «El principio detrás de esto se aplica al derecho de abordar oralmente una cuestión relevante durante el procedimiento, siempre que no pueda tratarse simplemente mediante un intercambio de alegatos»).

Y, por otro lado, cómo es que el problema de traducción se encuentra en la versión en castellano de la Ley Modelo²⁹, el cual, lamentablemente no fue advertido, ni corregido por el legislador peruano quien, al optar por un lenguaje más abierto y flexible³⁰, realizó una importación, poco precisa, de la normativa referente a las causales de anulación del laudo arbitral.

Nótese que, a diferencia de lo que sucede en el artículo 34 2) b) 1) de la Ley Modelo Uncitral, en la que se regula la posibilidad de anulación del laudo por contravenir el orden público de un Estado determinado, la Ley de Arbitraje no ha incorporado dicha causal de anulación³¹ para el caso de los arbitrajes nacionales. Esto impide que se pueda cuestionar la validez del laudo alegando las afectaciones a un debido proceso³², reconociendo a este derecho su presencia dentro del marco general del orden público, como sí sucede en el ámbito del arbitraje comercial internacional.

Ciertamente con lo previamente indicado no estoy sugiriendo que, hoy por hoy, bastaría una modificación normativa en el sentido de precisar el alcance de la causal de anulación para evitar que los jueces comerciales peruanos anulen laudos por defectos de motivación, ya que ello no ha sido óbice para

²⁸ Rubino-Sammartano, M. (2014, p. 1111).

²⁹ El mismo defecto de importación lo presenta, entre otras, la Ley de Arbitraje española, en cuyo artículo 41, numeral 1, literal b), reconoce como causal de anulación: «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»; la Ley de Arbitraje de Chile en cuyo artículo 34, numeral 2) ii), señala como causal de anulación la siguiente: «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»; la Ley de Arbitraje comercial internacional de Argentina, en donde el artículo 99, literal a), numeral 2) se indica como causal de anulación la siguiente: «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».

³⁰ Bullard González, A. (2012). «El carácter contractual del recurso de anulación».

³¹ Advierte esto: Alva Navarro (2011, pp. 142-143).

³² Lo cual es posible bajo el parámetro del arbitraje comercial internacional, así Rubino-Sammartano, M. (2014, pp. 1091-1119).

que en otros ordenamientos así se haya comportado la magistratura³³, pero en definitiva permite apreciar que la problemática de la anulación de laudos por esta causal, no solo se ha debido a la indeterminación³⁴ con la que se comporta la jurisprudencia, sino también por la propia indeterminación de un inadecuado diseño legislativo.

4.2. La aparente contradicción del legislador al regular la causal de anulación prevista en el numeral 1 del literal c) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje

Descartado, desde mi punto de vista, que el literal b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje pueda emplearse como una causal de anulación para reconducir los cuestionamientos a la «motivación» del laudo arbitral³⁵, queda por analizar la segunda de las alternativas que la jurisprudencia reconoce como causal habilitante para el control de la motivación de los laudos, me refiero al literal c) del mismo dispositivo legal antes indicado, el cual hace alusión a los casos en los cuales las «actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes».

Bajo el ropaje de esta causal, un sector de la doctrina peruana³⁶ ha admitido que pueda cuestionarse la «motivación» del laudo a efectos de obtener su

³³ En particular me estoy refiriendo al modelo colombiano, ya que en su Estatuto de arbitraje nacional e internacional, en específico, en el artículo 41, numeral 8, se indica como causal de anulación la siguiente: «Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutoria o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral», la cual se aparte de la Ley Modelo Uncitral; sin embargo, su aplicación no ha sido del todo uniforme. Carvajal Jiménez, L. (2010, pp. 100-144).

³⁴ Critican la indeterminación de la jurisprudencia al momento de aplicar como causal de anulación la falta de motivación, Cantuarias Salaverry, F. & J.L. Repetto Deville (2015, pp. 43-44), al señalar lo siguiente: «Y es más, los criterios que utilizan las cortes peruanas al momento de analizar el estándar de la motivación son tan coloridos como un arco iris: ¿Cuándo un laudo está adecuada y suficientemente motivado? ¿Cuándo un laudo está debidamente fundamentado? ¿Cuándo un laudo tiene una narración justificativa débil? ¿Y cuándo una fuerte? ¿Cuándo se ha valorado adecuadamente las pruebas? ¿Y cuándo no? Nadie sabe la respuesta. Entonces, lo que se abre es una caja de pandora para anular laudos. Con conceptos tan indeterminados, la incertidumbre reina. Y se presta para una fiesta de arbitrariedades y al carnaval de las anulaciones de laudo, donde la parte que perdió en la cancha (del arbitraje) busca ganar en la mesa (del Poder Judicial)».

³⁵ En este extremo coincido con la opinión formulada por Bullard González, A. (2011, p. 630).

³⁶ Cantuarias Salaverry, F. & J.L. Repetto Deville (2015, p. 43): «Conforme a la Ley Modelo de UNCITRAL y la Ley de Arbitraje peruana, el tema de la motivación debe analizarse a partir de la causal contenida en el artículo 63.1.c(38), ya que si no existe motivación en el laudo, lo

anulación en sede judicial, ello en la medida que, en virtud del artículo 56, numeral 1; y a falta de pacto en contrario, las partes han establecido que los laudos deben ser «motivados», por lo que, si el laudo no lo está, entonces los árbitros no han respetado el acuerdo de las partes respecto a la forma en cómo se debe emitir la decisión final que resuelve la controversia en el arbitraje.

Planteada la situación en los términos expuestos, claramente es posible advertir una contradicción dentro de la normativa peruana arbitral, ya que; por un lado, se encuentran las coordenadas legislativas que se acaban de exponer y que nos llevan a la conclusión de que cuestionar la motivación del laudo puede ser considerada como una causal de anulación; y, por otro lado se encuentra el numeral 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje, una prohibición expresa respecto a que, en anulación, los árbitros no pueden calificar las motivaciones expuestas por el tribunal arbitral; en específico, se dispone lo siguiente:

El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. **Está prohibido bajo responsabilidad**, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o **calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral**. [Énfasis añadido].

Frente a esta disyuntiva, en pro de adecuarse al modelo existente en el arbitraje comercial internacional, se ha afirmado³⁷ que el aquel cuestionamiento a la «motivación» del laudo que podría configurar una causal de anulación, únicamente sería si se presenta un supuesto de «no-motivación», restringiéndose la posibilidad que se pueda anular un laudo ante escenarios de indebida o inadecuada «motivación».

Si bien, como lo he mostrado en el apartado anterior, es importante prestar atención al estándar del arbitraje comercial internacional de cara a la

que existe es una violación del pacto de las partes. En efecto, si las partes no pactaron en contra, lo que ellas contrataron fue la existencia de laudo motivado y se les dio otra cosa: un laudo sin motivación. Se violó así el pacto de las partes. Entendido así de manera correcta la violación al deber de motivación, su análisis jamás puede llegar al absurdo de verificar si todos los medios probatorios han sido “merituados” o que las conclusiones sean “razonables o adecuadas”. La exigencia de motivación debe ser apreciada restrictivamente en favor del arbitraje y no de manera amplia y en contra del arbitraje».

³⁷ Bullard González, A. (2011, p. 630); Cantuarias Salaverry, F. & J.L. Repetto Deville (2015, pp. 40-41).

interpretación de la normativa arbitral peruana, lo que debe llevar a afirmar las diferencias entre «expresar las razones subyacentes al laudo» y «la motivación judicial»; sin embargo, ello no debe realizarse de espaldas al propio dato normativo existente, ya que de lo contrario se puede arribar a conclusiones que respondan a una interpretación asistemática.

Es por ello que, frente a la (aparente) disyuntiva de disposiciones normativas expuesta, considero pertinente recurrir a lo preceptuado por el numeral 1 del artículo 59 de la Ley de Arbitraje, ya que en el mismo se indica que «todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes».

La disposición normativa apenas indicada contiene una característica central del procedimiento arbitral establecido por el legislador: el carácter inapelable del laudo arbitral, lo que implica que el proceso arbitral se desarrolla en una única instancia³⁸. Este dato es de suma importancia, en mi concepto, para fijar el alcance de la forma de proceder de los jueces ante los cuestionamientos a la motivación de los laudos arbitrales, entendiendo, por un momento, la motivación según parámetros judicial.

En este punto, la teoría procesal, considero, tiene algo que decir. Y es que el hecho que no se haya adoptado la posibilidad de que el laudo sea apelable; implica una expresa separación o renuncia a lo que significa el modelo de apelación existente, básicamente, a nivel procesal civil.

No obstante las dificultades de identificar un modelo de apelación en la normativa procesal civil peruana, que ha llevado incluso a señalar que «no constituye para nada un instituto unitario»³⁹. En líneas generales se puede coincidir con quien indica⁴⁰ que nuestro modelo no ha dejado de ser una impugnación devolutiva-sustitutiva (una impugnación cuya concesión le confiere al juez *ad quem* el poder para reenjuiciar la controversia ya conocida y decidida por el primer juez) y no simplemente el poder controlar (revisar) la corrección de la resolución apelada.

³⁸ Aramburú Yzaga, M. (2011, pp. 670-673).

³⁹ Ariano Deho, E. (2016a). Para una visión general de la teoría impugnatoria, en general, es de revisión el trabajo de Cavani, R. (2018, pp. 15-92).

⁴⁰ Ariano Deho, E. (2016b, p. 386).

Bajo esta premisa, entonces, cuando se constata que en la legislación arbitral se ha prescindido de la posibilidad de apelación, en buena cuenta se ha tratado de evitar que, bajo cualquier medio (incluyendo el proceso de anulación de laudo arbitral), se produzca un reenjuiciamiento de la materia controvertida. De ahí que con razón se haya indicado⁴¹ lo siguiente:

Por tanto, desde la entrada en vigencia de la LA, el arbitraje, siempre y en todo caso, es decir, lo quieran o no las partes, se sustancia, en un juicio a instancia única, con todas sus consecuencias: entre ellas, en esencia, la imposibilidad de que los posibles (siempre son posibles) errores *in iudicando* cometidos por los árbitros puedan hacerse valer a través del recurso de anulación.

En ese sentido, si del ámbito de actuación del proceso de anulación del laudo arbitral se ha eliminado toda posibilidad de apreciar errores *in iudicando* de los árbitros al momento de emitir el laudo, ya que no cabe apelación respecto de este, entonces no podrá ser evaluado, bajo ninguna perspectiva y menos aún recurriendo a un cuestionamiento de la motivación del laudo, los errores de juicio⁴² consistentes en una mala apreciación de una cuestión de derecho (error en la interpretación o aplicación del derecho, tanto material como procesal, al caso concreto) o una de hecho (error en la apreciación de los hechos o en la valoración de los medios probatorios). Esto es perfectamente coherente con lo señalado por el numeral 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje.

A una solución diferente no debería arribarse si se toma en consideración el discurso, que se formula desde la perspectiva de la argumentación jurídica⁴³, a partir del cual dentro de un contexto de justificación, la motivación se

⁴¹ Ariano Deho, E. (2016c, p. 522).

⁴² En esta parte sigo las precisiones realizadas por Cavani, R. (2018, pp. 56-57). En este punto conviene recordar que el alcance de los errores *in procedendo* son del todo acotados a aspectos procedimentales; así el citado autor se precisa lo siguiente: «El error de procedimiento presupone un defecto en la resolución (y que podría extenderse a otras resoluciones [...], por vulnerarse los requisitos de validez. Así, una resolución puede contener este error producto de un defecto en el procedimiento (que contamina aquella) o por un defecto en la propia resolución. Es importante dejar claro que el vicio presupone siempre una violación de norma procesal, pero, específicamente, una norma procedimental, esto es, una norma que tiene que ver con la actividad del procedimiento. Tipos de normas de actividad o de procedimiento son aquellas que regulan plazos, requisitos para un adecuado ejercicio de situaciones jurídicas del juez y de los sujetos procesales, requisitos para la realización de los actos procesales, etc.» (p. 57).

⁴³ Para una visión panorámica del tema, cfr. García Figueroa, A. (2014, pp. 157-189).

distingue⁴⁴ entre la justificación interna (que se refiere a su corrección lógica centrada en la justificación de la conclusión) y la justificación externa (que alude a la corrección normativa y epistemológica centrada en la justificación de las premisas).

Como se ha explicado de forma didáctica en la doctrina peruana⁴⁵, cada uno de estos aspectos de la motivación implican una serie de problemas. Así, respecto de la justificación interna se identifican los siguientes: (i) defectos entre el problema y la argumentación (elusión de la cuestión); (ii) defectos en la argumentación (contradicción de premisas); (iii) defectos entre la argumentación y la conclusión (conclusión imposible); y, (iv) defectos entre el problema y la conclusión (incongruencia). A su turno, dentro de la justificación externa se formulan los siguientes problemas: (i) problemas de relevancia o determinación de la norma aplicable; (ii) problemas de interpretación; (iii) problemas de prueba; y, (iv) problemas de calificación.

En función de lo previamente indicado, resulta patente que, dados los problemas vinculados a la justificación externa, no es admisible cuestionar la misma⁴⁶ en el marco de un proceso de anulación de laudo, ya que ello implicaría desconocer, tanto la expresa eliminación que al interior del sistema

⁴⁴ Entre otros, plantea esta distinción: Alexy, R. (1989, pp. 241-240).

⁴⁵ Zavaleta Rodríguez, R. (2014, pp. 57-118).

⁴⁶ En una línea similar, aunque al parecer más conservadora, se encuentra la posición de Cavani, R. <<https://afojascero.com/2016/09/27/controlar-el-laudo-arbitral-una-invitecion-al-dialogo-a-pedro-grandez/>>, quien luego de indicar que «la motivación se encuentra en una zona gris entre el “mérito” (reexamen) del laudo y lo que corresponde estrictamente a su nulidad/rescisión, debido a la existencia de un vicio que requiera renovación del acto procesal (como la Ley de Arbitraje exige en los casos de fundabilidad de la demanda de anulación)», sostiene que «en una palabra, controlar la motivación al punto de realizar un auténtico reexamen (“tocar el laudo”, en las propias palabras de Grández) es una solución equivocada, sea la materia que se trate en el arbitraje. Esto debe ser evitado por el propio Poder Judicial, acaso colocando menos rigurosidad en el control de la justificación externa, tolerando soluciones jurídicas en materia de interpretación y prueba con las que, quizá, no esté de acuerdo». En una posición diferente se encuentra Linares Aviléz, D. (2016, p. 192): «Llegado a este punto no debe quedar dudas que la revisión de la justificación externa implica que el Poder Judicial analice los aspectos formales del laudo. Es decir, si existiese motivación aparente, lo que significa una construcción incoherente con la realidad o, por ejemplo, la aplicación forzada de una norma ya derogada, u omisión de la revisión de los argumentos centrales de una de las partes o evaluación de pruebas importantes para poder laudar, el Poder Judicial puede sancionar con nulidad, pero lo que no puede hacer bajo forma alguna es indicar o sugerir cómo debe resolver el árbitro luego que se efectúe el reenvío del expediente para que vuelva a tomar competencia. Teniendo presente lo expuesto, se cumplirá con la garantía de motivación en la medida en que exista fundamentación jurídica y fáctica que justifique la decisión del árbitro respecto de las pretensiones demandadas por las partes, por lo que el Tribunal Arbitral deberá

recursivo (apelación) se ha instaurado en la legislación arbitral, así como lo preceptuado por el numeral 2 del artículo 62 de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, lo mismo no sucede respecto de la justificación interna de la motivación, la cual al estar vinculada a un parámetro de racionalidad formal, es más cercana a la racionalidad mínima que se exige bajo el parámetro de la exposición de las razones subyacentes a la decisión contenida en el laudo arbitral, que se presenta en el arbitraje comercial internacional y que es el que, como tantas veces he indicado, constituye el parámetro de referencia de la legislación arbitral peruana.

Bajo esta perspectiva, entonces, el espectro que la judicatura comercial está legitimada a analizar en los procesos de anulación de los laudos arbitrales, no se limita a los escenarios formales de no motivación, sino que abarca, inclusive, los problemas vinculados a la justificación interna⁴⁷; aunque, bien vistas las cosas, podría afirmarse que si en la motivación no media justificación interna alguna, se configura un supuesto de «no motivación» (*latu sensu*).

5. EL REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE ANULACIÓN POR CUESTIONAMIENTOS A LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL: LA INCIERTA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA

Luego de haber fijado los alcances del modelo de anulación de laudo arbitral por cuestionamientos a su motivación conviene analizar el requisito de procedencia de la demanda de anulación.

De forma general, la Ley de Arbitraje peruana señala; por un lado, en el numeral 2 del artículo 63, lo siguiente:

Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso

señalar las razones por las cuales amparó determinada tesis, sustentando su fallo en las pruebas que hayan sido aportadas».

⁴⁷ León Pastor, R. <<http://www.leonpastor.com/2017/06/la-mala-motivacion-te-lleva-la.html>> indica lo siguiente: «Mi posición es que casi bajo ningún punto de vista puede tolerarse la ausencia de motivos en un laudo (salvo el muy discutible caso en que las partes hayan pactado una renuncia a la motivación, caso de laboratorio con el que jamás me he encontrado en la práctica arbitral). Y este es el límite del control en el recurso de anulación. Este supuesto de no motivación, a mi criterio, incluye la motivación ilógica (que viola las reglas del silogismo jurídico) porque me parece equiparable a la no motivación, en la medida en que supone un quiebre de las reglas mínimas de racionalidad».

en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

Por otro lado, la procedencia de las demandas de anulación está supeditada también al requisito fijado en el numeral 7 del 63, el cual señala lo siguiente:

No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

El sustento de ambos requisitos de procedencia se encuentra en el hecho de que si la causal de anulación que se alega en el proceso de anulación pudo haber sido subsanada por el propio tribunal arbitral a requerimiento de la parte interesada, entonces no corresponde que la magistratura ingrese a revisar la causal que es invocada a nivel procesal.

Tal como se puede apreciar, de la forma cómo se han planteado los requisitos de procedencia de la demanda de anulación en la legislación arbitral peruana, los mismos resultan de aplicación, inclusive, a la causal que se sustente en un cuestionamiento a la motivación, la cual según lo explicado anteriormente, se debería reconducir, con los límites expuestos, al numeral 1 del literal c) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje (que las actuaciones arbitrales no se hayan ajustado a lo establecido por las partes o por el Reglamento).

Sin embargo, esta interpretación que parece natural, se enfrenta a una situación completamente diferente en la práctica, ya que la posición de la jurisprudencia se muestra absolutamente incierta en cuanto a la exigencia de un reclamo previo o de una solicitud específica ante el tribunal, en el que se solicite la subsanación del defecto de motivación que la parte considera que el laudo adolece.

A continuación, mostraré el estado actual de la jurisprudencia peruana, que incluso ha motivado la convocatoria a Plenos Jurisdiccionales, respecto del problema planteado, lo cual permitirá comprender el alcance práctico de la problemática analizada.

5.1. El nulo efecto vinculante del Pleno jurisdiccional distrital en materia comercial (2014)

El 2 y 3 de octubre de 2014 se realizó el segundo Pleno jurisdiccional distrital en materia comercial en el cual se planteó el Tema 2 (recurso de anulación

de laudo sustentado en alegación de afectación del debido proceso, por vulneración del derecho a la debida motivación) a través de la siguiente pregunta:

¿Es improcedente el recurso de anulación sustentado en la afectación del debido proceso, por vulneración del derecho constitucional a la debida motivación del laudo, si no fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada?

Luego del debate plenario entre los cuatro grupos⁴⁸, ante las dos ponencias presentadas⁴⁹, se adoptó por mayoría la primera ponencia (19 votos a su favor, 5 votos a favor de la segunda ponencia y 3 abstenciones), la cual indica lo siguiente:

El recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación, es improcedente si la parte afectada no formuló oportunamente reclamo expreso ante el tribunal arbitral, porque dicha causal alegación se subsume de ordinario en la causal del inciso b), o eventualmente en la del inciso c) del numeral 1) artículo 63 de la Ley de Arbitraje, siendo de aplicación el numeral 2 de dicha norma, que dispone que tales causales solo serán procedentes si fueron objeto de tal reclamo expreso, el cual ha de ser planteado en cualquier forma

⁴⁸ El detalle de la votación es la siguiente: en el grupo 1 se adoptó por mayoría la primera ponencia (se indica expresamente que: «Resulta relevante que el propio árbitro sea quien responda a las objeciones que la parte formule a la decisión del árbitro, toda vez que la intervención del Poder Judicial es de última ratio, además no existe duda de que determinados supuestos, como por ejemplo la omisión de pronunciamiento puede ser superado debidamente a través del recurso de integración; no obstante, puede hacer uso del recurso de aclaración o interpretación para los supuestos de motivación defectuosa o de falta de coherencia narrativa»). En el grupo 2 se adoptó por mayoría la segunda ponencia (pero, curiosamente, se realiza «la atingencia de que se proponga una iniciativa legislativa de reforma de la Ley de Arbitraje al respecto»). En el grupo 3 se arribó por unanimidad a la primera ponencia (donde se precisa que: «[...] en razón a que la ausencia de su reclamación en sede arbitral constituiría falta de interés para obrar para plantear la demanda de anulación de Laudo Arbitral»). Y en el grupo 4 se adoptó por unanimidad la primera ponencia (aquí se sustentó en que «[...] constituye un mecanismos (sic) para afianzar el arbitraje, en tanto a la calidad de los fallos, y para conocer las razones por las que el árbitro emite su fallo»).

⁴⁹ La segunda ponencia indicaba lo siguiente: «El recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación no es improcedente por falta de reclamo expreso, por cuanto ninguno de los recursos taxativamente previstos por el artículo 58 de la Ley de Arbitraje es idóneo para corregir los vicios de motivación del laudo, resultando por ende inconducente cualquier reclamo sobre el particular en sede arbitral, no siendo exigible la interposición de cualquier otro recurso no previsto por ley a la luz del inciso 7 del artículo 63 de la citada ley».

posible, no solo a través de uno de los recursos previstos en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje.

La conclusión a la que arriba el Pleno es conforme con lo que, indicaba, era la interpretación que entiendo como natural respecto de los requisitos de procedencia de la demanda de anulación, los cuales también son exigibles cuando la demanda se justifique en un cuestionamiento a la motivación. No obstante, a diferencia de lo indica el Pleno, reitero que, antes que recurrir al literal b) del numeral 1) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, corresponde aplicar el inciso c) del mismo dispositivo normativo.

Asimismo, resulta interesante resaltar la interpretación sistemática que el Pleno formula entre el numeral 2 (reclamo previo) y el 7 (solicitudes frente al laudo arbitral) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, ya que señala que las solicitudes frente al laudo no tienen carácter taxativo, pues, precisamente, el requisito del reclamo previo tendría un carácter general que permitiría ser la vía a través del cual se canalice el pedido de subsanación a la motivación del laudo arbitral.

Ahora bien, a pesar de las bondades de la interpretación formulada por el Pleno, lo cierto es que la misma no tuvo ningún poder persuasivo en los vocales de la Corte Superior especializados en lo comercial que resuelven las demandas de anulación, jurídicamente no podría ya que esta clase de plenos no generan ningún efecto vinculante; toda vez que, los criterios continuaron manteniéndose dispersos, lo cual motivó la realización de un nuevo Pleno Jurisdiccional.

5.2. La falacia del falso dilema en el Pleno jurisdiccional regional comercial sobre anulación de laudo arbitral (2016)

El 30 de setiembre y el 1 de octubre de 2016 se desarrolló el Pleno jurisdiccional regional comercial sobre anulación y ejecución de laudos arbitrales y embargo de bienes estatales, en el cual el tema IV (recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación) se planteó la siguiente interrogante: ¿Es exigible el reclamo previo cuando en el recurso de anulación se denuncia vicio de motivación del laudo?

Frente a ello, la conclusión plenaria fue adoptar, ante las dos ponencias propuestas⁵⁰, por mayoría la segunda ponencia (23 votos a favor de la misma, 11 votos a favor de la primera y 1 abstención) la cual señalaba lo siguiente:

El recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación, no es improcedente por falta de reclamo expreso, por cuanto ninguno de los recursos taxativamente previstos por el artículo 58 de la Ley de Arbitraje es idóneo para corregir los vicios de motivación del laudo, resultando por ende inconducente cualquier reclamo sobre el particular en sede arbitral, no siendo exigible la interposición de cualquier otro recurso no previsto por la ley a la luz del inciso 7 del artículo 63 de la citada ley.

Tal como se ha planteado los resultados de este último Pleno, parecería indudable un cambio de posición de la jurisprudencia comercial al haber tomado partido por la inexigibilidad del reclamo previo expreso como requisito de procedencia de la demanda de anulación del laudo por cuestionamientos a su motivación. De hecho, se ha indicado que «el pleno desandando sus propios pasos, pero para mejor, rectifica su anterior conclusión»⁵¹.

Sin embargo, respetuosamente, me permito discrepar de tal afirmación, ya que ante el frío dato del registro de la votación a favor de una u otra ponencia, creo interesante (y determinante) prestar atención a la posición de cada grupo; y, en específico, a su forma de votación.

El grupo 1 se adhirió por unanimidad a la primera ponencia que exige el reclamo previo como requisito de procedencia de la demanda de anulación por cuestionamientos a la motivación. Este grupo registró el voto de sus cinco integrantes.

El grupo 2 se plegó por unanimidad a la segunda ponencia (no es exigible el reclamo previo como requisito de procedencia de la demanda de anulación).

⁵⁰ La primera ponencia indicaba lo siguiente: «Es exigible el reclamo previo al recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación, y este es improcedente si la parte afectada no formuló oportunamente reclamo expreso ante el tribunal arbitral, porque dicha causal alegación de vicio de motivación se subsume de ordinario en la causal del inciso b), o eventualmente en la del inciso c) del numeral 1) artículo 63 de la Ley de Arbitraje, siendo de aplicación el numeral 2 de dicha norma, que dispone que tales causales solo serán procedentes si fueron objeto de tal reclamo expreso, el cual ha de ser planteado en cualquier forma posible, no solo a través de uno de los recursos previstos en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje».

⁵¹ Hidalgo Chavez, J. (2018, p. 158).

Este grupo registró el voto de sus cinco integrantes. Sin embargo, cuando se revisa lo indicado por este grupo como sustento de su posición, encontramos lo siguiente:

El recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación, no es improcedente por falta de reclamo expreso. Se deja salvedad que, **si la parte hubiera formulado contra el laudo cualquiera de los recursos del artículo 58 de la Ley de Arbitraje en sede arbitral y no denunció en ese momento el vicio de motivación, se considera que renunció a su derecho a objetar la motivación en el recurso de anulación** (el énfasis es añadido).

¿Cuál es, entonces, la posición del grupo 5? ¿Realmente se ha adherido, plenamente, a la segunda ponencia? No.

El grupo ha realizado una salvedad que, a mi juicio, limita su inclinación hacia la segunda ponencia. Y es que; por un lado, se admite que a través de los recursos del artículo 58 se denuncie el vicio de motivación ante el propio Tribunal; y, por otro lado, que en caso se presente alguno de dichos recursos, pero no se haya realizado cuestionamiento a la motivación, entonces no podrá sustentar la demanda anulación en el defecto de motivación, pues habrá renunciado al derecho a objetar.

Así las cosas, el escenario de la segunda ponencia es residual, ya que solo en los casos en los que las partes no formulen ningún tipo de reclamo ante el Tribunal luego de emitido el laudo, será posible, para este grupo, que la demanda de anulación proceda sin que se le exija como requisito de procedibilidad el reclamo previo.

El grupo 3 se adhirió por unanimidad a la primera ponencia. Este grupo registró el voto de sus cinco integrantes. En esta posición es importante destacar, que respecto de la causal de anulación por vicio de motivación, se indicó que solo sería procedente: «[...] si fueron objeto de tal reclamo expreso, el cual ha de ser planteado en cualquier forma posible, no solo a través de uno de los recursos previstos en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje». En buena cuenta se está indicando que los recursos contra el laudo no son la única vía que se tiene para realizar el reclamo previo por defecto de motivación ante el Tribunal.

El grupo 4 tomó partido por la segunda ponencia por unanimidad. En este caso se registraron cinco votos a favor de esta ponencia. Aquí el

grupo expresamente indica que no hay una vía previa claramente prevista en la Ley, por lo que sugieren el dictado de una disposición normativa de modo expreso.

El grupo 5, al igual que el grupo anterior, se inclinaron por la segunda ponencia por unanimidad, señalando expresamente que «la invocación de la causal de una indebida motivación no resulta un recurso idóneo». En esta posición se contabilizaron ocho (8) votos.

Finalmente, en el grupo 6 asumieron por mayoría (cinco votos a favor y una abstención) a segunda ponencia. No obstante ello, su justificación es particular, ya que indicaron lo siguiente:

Que la pregunta tiene un amplio contenido, por tanto, también se puede considerar la motivación insuficiente, incongruente y ausencia de motivación, razón por la cual, para optar por la primera y la segunda ponencia, se debe tener presentes estos conceptos, que esencialmente obliga a analizar caso por caso.

Salvo mejor parecer, el hecho de que este último grupo refiere a una aplicación caso por caso de la primera o de la segunda ponencia, al momento de motivar su decisión, impide que se pueda considerar, que dichos 5 votos, puedan ser exclusivamente atribuidos a la segunda ponencia.

Si se toma en consideración las precisiones realizadas, y al margen de la dicotomía planteada entre las dos alternativas de ponencias (que constituye la falacia del falso dilema), el «cambio» de conclusión ha sido por una votación muy ajustada (18 votos a favor de la segunda ponencia y 16 votos a favor de la primera) que mal puede concebirse como un giro copernicano en la forma de afrontar el problema planteado.

Y a dicha conclusión se arriba si se toma en consideración que la votación podría reflejarse de la forma siguiente:

Supuestos	Grupos	Votos
El reclamo previo es requisito de procedencia de la demanda de anulación en todos los casos	1 y 3	11
El reclamo previo no es requisito de procedencia de la demanda de anulación en ningún caso	4 y 5	13
El reclamo previo es requisito de procedencia de la demanda de anulación si se ha formulado un recurso contra el laudo	2	5
El reclamo previo no es requisito de procedencia de la demanda de anulación si no se ha formulado ningún reclamo contra el laudo	2	5
Caso por caso	6	5
Abstenciones	6	1

Luego de las precisiones indicadas, deviene en opinable que se indique que «casi de forma unánime (sic)»⁵² los jueces de la subespecialidad comercial, en este nuevo Pleno, se adhirieron a la posición según la cual resulta innecesario que se formule el reclamo previo cuando se denuncie vicios en la motivación del laudo.

Habiendo mostrado la situación de la jurisprudencia actual respecto del problema materia de análisis, corresponde formular argumentos adicionales para, desde mi concepción, fortalecer la posición que considero es la adecuada: si la parte no formuló ningún cuestionamiento a la motivación del laudo ante el propio tribunal arbitral, entonces la demanda de anulación basada en dicha causal debe ser declarada improcedente.

6. DESAFÍOS ANTE EL FORMALISMO INTERPRETATIVO ARBITRAL DEL REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE ANULACIÓN POR CUESTIONAMIENTOS A LA MOTIVACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Conforme se ha podido evidenciar en el apartado precedente, la posición que niega que deba ser exigible, como requisito de procedencia de la demanda de anulación, el dirigir el cuestionamiento a la motivación del laudo previamente al propio tribunal arbitral; es decir, que «no hace falta formular un reclamo

⁵² Silva Santisteban Valdivia, M. (2018, p. 127).

previo para que resulte procedente el recurso de anulación de laudo por vicio de motivación»⁵³, se sustenta, por lo menos, en las siguientes razones.

En primer lugar, se señala que «el recurso previo cuando se trata de vicios de motivación no se puede viabilizar mediante las solicitudes contra el laudo»⁵⁴, ya que por la propia naturaleza y finalidad de las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, ninguno de ellos es capaz de contener un pedido a través del cual se pueda solicitar la subsanación de los cuestionamientos a la motivación del laudos.

En segundo lugar, se precisa que el elenco de solicitudes contra el laudo es taxativo, de modo que únicamente aquellos mencionados en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje podría ser empleados por las partes, ya que en virtud del artículo 49 no cabe presentar una reconsideración en contra del laudo; y, al amparo del artículo 60, las actuaciones arbitrales concluyen con la emisión del laudo (o de las solicitudes que la propia legislación arbitral admite).

Finalmente, se sostiene que ante la ausencia de una vía específica que permita presentar el reclamo por cuestionamientos a la motivación del laudo ante el propio tribunal arbitral, entonces el configurar dicho reclamo previo como un requisito de procedencia determinaría una vulneración al derecho de acceso de la justicia de la parte que alega el cuestionamiento en la motivación.

Los argumentos apenas expuestos constituyen, desde mi punto de vista, una manifestación del formalismo arbitral que, incluso, ingresan en abierta contradicción con el fundamento y finalidad del arbitraje, sino que se sustentan en una inadecuada correlación entre el modelo internacional de arbitraje comercial y el modelo concreto de anulación de laudo arbitral contenido en la ley peruana.

A continuación evaluaré el alcance de cada uno de los argumentos expuestos; a fin de proponer una interpretación dinámica, acorde con el estándar internacional de los arbitrajes comerciales, sobre la base de las especiales particularidades de la legislación arbitral peruana.

⁵³ Hidalgo Chávez, J. (2018, p. 159).

⁵⁴ Hidalgo Chávez, J. (2018, p. 154).

6.1. Evaluación del alcance de las solicitudes contra el laudo como mecanismos para la subsanación a los cuestionamientos de motivación del laudo

La legislación arbitral peruana regula cuatro solicitudes pasibles de ser presentadas ante el tribunal arbitral luego de emitido el laudo; a saber: la rectificación⁵⁵, interpretación⁵⁶, integración⁵⁷ y exclusión⁵⁸ (en adelante, las solicitudes en contra del laudo).

Respecto de estas solicitudes, pero tomando en cuenta la práctica del arbitraje comercial internacional, se ha indicado de forma general lo siguiente:

Correction, interpretation and additional awards must also be distinguished from a revision of the award. Contrary to revision of an award, in the former there is nothing to review as to the essence of the decision. It is simply a matter of putting minor items straight, of clarifying or completing the award, which apart from this will not be amended as to its substance, Its realm is limited to corrections of clerical errors, to clarification of an ambiguity, or to making an

⁵⁵ Decreto legislativo 1071.- Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

[...]

a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.

⁵⁶ Decreto legislativo 1071.- Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

[...]

b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

⁵⁷ Decreto legislativo 1071.- Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

[...]

c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

⁵⁸ Decreto legislativo 1071.- Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

[...]

d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal.

*additional award as to a matter which by mistake had not been resolved*⁵⁹.

(Traducción libre: «La corrección, la interpretación y el laudo adicional también deben distinguirse de una revisión del laudo. Contrariamente a la revisión de un laudo, en el primero no hay nada que revisar en cuanto a la esencia de la decisión. Se trata simplemente de poner en orden los elementos menores, de aclarar o completar el laudo, aparte de esto, no se modificará en cuanto a su contenido, se limita a las correcciones de errores menores, a la aclaración de una ambigüedad o a hacer un laudo adicional en cuanto a un asunto que por error no se había resuelto»).

Ahora bien, dada la configuración normativa específica de las solicitudes en la normativa peruana⁶⁰, la pregunta a formularse, entonces, es la siguiente: ¿por qué la naturaleza de las solicitudes contra el laudo no son la vía idónea para subsanar los cuestionamientos a la motivación del laudo?

Antes de ingresar al análisis de cada una de las solicitudes en contra del laudo, es necesario recordar y fijar tres aspectos fundamentales.

En primer lugar, hay que convenir que la motivación a que se refiere la Ley de Arbitraje (artículo 56, numeral 1) no es la misma, por su naturaleza o por las funciones que cumple, a la que se alude cuando se está ante el discurso de la motivación de las resoluciones judiciales.

En segundo lugar, dadas las coordenadas legislativas establecidas en la Ley de Arbitraje resulta admisible que, a través de una demanda de anulación, se argumente algún cuestionamiento a la motivación del laudo, únicamente, cuando la misma presente algún defecto vinculado a su justificación interna, pero de ningún modo a su justificación externa.

En tercer lugar, que la magistratura especializada en lo comercial, encargada de conocer las demandas de anulación de laudo, nos guste o no, en la práctica

⁵⁹ La corrección, la interpretación y el laudo adicional también deben distinguirse de una revisión del laudo. Contrariamente a la revisión de un laudo, en el primero no hay nada que revisar en cuanto a la esencia de la decisión. Se trata simplemente de poner en orden los elementos menores, de aclarar o completar el laudo, aparte de esto, no se modificará en cuanto a su contenido, se limita a las correcciones de errores menores, a la aclaración de una ambigüedad o a hacer un laudo adicional en cuanto a un asunto que por error no se había resuelto Traducción libre de Rubino-Sammartano, M. (2014, pp. 1221-1222); sobre el particular, es de especial relevancia el trabajo de Baptista, L.O. (2010, pp. 1-15 de la versión pdf).

⁶⁰ Aramburú Yzaga, M. (2011, pp. 660-668).

anula laudos arbitrales emitidos bajo la ley peruana, por cuestionamientos a su motivación.

Sentadas estas premisas, que se deducen de lo indicado en los apartados precedentes, comentaré brevemente la naturaleza y alcance de cada una de las solicitudes contra el laudo a efectos de determinar si son o no vías idóneas que permitan a la parte interesada dirigir su cuestionamiento a la motivación al propio tribunal.

Respecto de la solicitud de rectificación, hay que indicar que la misma es sustancialmente equivalente a la solicitud de corrección que se encuentra regulada en el literal a) del numeral 1) del artículo 33 de la Ley Modelo Uncitral, la cual expresa lo siguiente: «a) cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar».

Sobre el particular, se indica que:

It is clear that only very narrow categories of errors may be corrected under the Model Law. In particular, only errors in computation, [...] clerical or typographical errors or [...] errors of similar nature» may be corrected. Article 33 (1) is directed towards simple arithmetic mistakes in calculation or typographical errors (e.g. failure to include one of number of categories of damages which have been found payable in the dispositive section of the award, when this was clearly intended).

In contrast, errors in the tribunal's reasonings in the body of its award are not subject to correction. Even if a tribunal demonstrably misunderstands or overlooks some critical provision of the parties' agreement or some essential piece of evidence, the remedy is not generally correction of the award under Article 33, but rather an application to annul⁶¹. (Traducción libre: «Está claro que solo las categorías muy restringidas de “errores” pueden corregirse bajo la Ley Modelo. En particular, solo se pueden corregir los “errores de cálculo, (...) errores administrativos o tipográficos o (...) errores de naturaleza similar”. El Artículo 33 (1) está dirigido a errores aritméticos simples en el cálculo o errores tipográficos (por ejemplo, no incluir una de las categorías de daños que se han encontrado que deben pagarse en la sección dispositiva del laudo, cuando esto fue claramente previsto). En contraste, los errores en los razonamientos del tribunal en el cuerpo de su laudo no están sujetos a corrección. Incluso si un tribunal,

⁶¹ Born, G. (2012, pp. 2523-2524).

de manera demostrable, malinterpreta o pasa por alto alguna disposición importante del acuerdo de las partes o algún medio probatorio esencial, el remedio generalmente no es la corrección del laudo en virtud del Artículo 33, sino una solicitud de anulación»).

Tal como se puede apreciar, respecto de los alcances de la solicitud de rectificación, que bien puede asimilarse al sucedáneo recursal denominado como corrección que se encuentra regulado en el artículo 407 del CPC, se puede convenir⁶² en que, bajo ningún punto de vista, la misma permite que se pueda cuestionar motivación alguna del laudo.

En lo que concierne a la solicitud de interpretación, y a diferencia de lo que sucede con la solicitud de corrección, la regulación peruana es más detallada que la solicitud de interpretación que se encuentra regulada en el literal b) del numeral 1) del artículo 33 de la Ley Modelo Uncitral, la cual dispone solamente lo siguiente:

b) si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Bajo el contexto del arbitraje comercial internacional, se precisa lo siguiente respecto de la solicitud de interpretación:

*Related to the correction of tribunal awards is the interpretation of award. In contrast to a correction, an interpretation or clarification of an award does not alter the previous award's statements or calculation, but instead more clearly explains what such statements were intended to mean, without altering them. In practice, it is very rare for interpretations to be either sought or granted*⁶³. (Traducción libre: « Relacionado con la corrección de los laudos del tribunal está la interpretación del laudo. En contraste con la corrección, la interpretación o aclaración de un laudo no altera lo indicado o el cálculo realizado en el laudo anterior, en lugar de ello, puede servir para explicar más claramente qué significan tales disposiciones sin alterarlas. En la práctica, es muy raro que las interpretaciones se soliciten o concedan»).

⁶² Bullard González, A. (2011, pp. 628-629).

⁶³ Born, G. (2012, pp. 2536-2537).

En el caso de la legislación peruana, a semejanza de la aclaración⁶⁴, se precisa que el ámbito de actuación de la solicitud de interpretación se encuentra en los extremos «oscuros, imprecisos o dudosos» que se encuentren presentes ya sea en la parte decisoria o en la parte considerativa, siempre que tengan una incidencia directa en la eficacia (aunque la legislación arbitral hace alusión solo a la ejecución) del laudo.

Ahora bien, si, tal como he indicado, el espectro de la motivación que puede ser controlado por la judicatura en el marco de un proceso de anulación se refiere, únicamente, a la justificación interna (racionalidad lógica mínima), entonces la pregunta es si a través de una solicitud de interpretación se pueden realizar denuncias referidas a la elusión de la cuestión, contradicción de premisas, conclusión imposible o incongruencia.

Desde mi punto de vista, en tanto con ello no se modifique la decisión tomada en el laudo, la respuesta, por ejemplo respecto a la contradicción de premisas, es afirmativa⁶⁵. Y es que, bien vistas las cosas, los cuestionamientos a la justificación interna de este tipo pueden ser considerados, precisamente, como extremos oscuros, imprecisos o dudosos de la parte considerativa del laudo que incida en la eficacia de la parte decisoria del mismo.

Adviértase que si bien la Ley de Arbitraje hace referencia a la parte del laudo que influya en la parte decisoria para determinar los alcances de la ejecución, no se debe perder de vista que una interpretación literal de dicho extremo nos llevaría a considerar que la misma solo se aplica a los laudos de condena, ante tal posibilidad, lo que planteo es que antes que proteger solamente la ejecución del laudo, se vele por la tutela de la eficacia del laudo.

⁶⁴ Born, G. (2012, p. 2358) indica que: «An “interpretation” is generally limited to cases where the requesting party “points to a portion of the award that is ambiguous, that is in need of clarification”. Thus, it is sometimes said that the term “interpretation” should be construed as meaning “clarification” of an ambiguous award. A request for interpretation should therefore be available only if a party demonstrates that the award is ambiguous and requires clarification for its effective execution». Traducción libre: «Una interpretación “generalmente se limita a los casos en que la parte solicitante” apunta a una parte del laudo que es ambiguo, que necesita una “aclaración”. Por lo tanto, a veces se dice que el término “interpretación” debe interpretarse en el sentido de “aclaración” de un laudo ambiguo. Por lo tanto, una solicitud de interpretación debe estar disponible solo si una parte demuestra que el laudo es ambiguo y requiere una aclaración para su efectiva ejecución».

⁶⁵ No admite esta posición Bullard González, A. (2011, p. 629), quien refiere que la falta de motivación tampoco «[...] se trata de una interpretación, dado que no busca aclarar un aspecto oscuro de la parte resolutoria del laudo. De hecho, la motivación no suele estar incluida en dicha sección del laudo».

De este modo, frente a estos casos, corresponderá al tribunal, antes que declarar improcedente la solicitud de interpretación, analizar las observaciones formuladas por las partes y pronunciarse sobre aquellas que no impliquen un cambio de posición, reforzando la motivación realizada inicialmente, ello a fin de proteger el laudo de la intervención judicial.

Debe quedar claro que, en ningún caso, la solicitud de interpretación puede fungir como un mecanismo para encubrir una apelación, ya que tal como se ha visto líneas arriba, el sistema legislativo arbitral peruano ha proscrito la posibilidad recursiva de la apelación; no obstante, ello no debe ser óbice para cerrar las puertas a la posibilidad de mejorar o reforzar la motivación de un laudo cuando la parte así lo haya solicitado.

Respecto de la solicitud de integración, la regulación peruana es sustancialmente equivalente a la existente en la Ley Modelo Uncitral, en el numeral 3) del artículo 33, bajo la denominación de *supplementation award* (*laudo suplementario*) dispone lo siguiente:

3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.

Sobre el particular se nos recuerda lo siguiente⁶⁶:

Article 33(3) provides a mechanism for a tribunal to resolve claims that might otherwise lead to an «excess of authority» (or infra petita) challenge to an award under Article V(1)(c) of the Nueva York Convention (and analogous national law provisions). The mere fact that an arbitral tribunal has not expressly addressed a particular claim does not automatically require issuance

⁶⁶ Traducción libre: «El artículo 33 (3) proporciona un mecanismo para que un tribunal resuelva los reclamos que de otra manera podrían conducir a un “exceso de autoridad” (o *infra petita*) que conlleve la impugnación de un laudo conforme al artículo V (1) (c) de la Convención de Nueva York (y disposiciones análogas de la legislación nacional). El mero hecho de que un tribunal arbitral no haya abordado expresamente una reclamación particular no requiere automáticamente la emisión de un laudo adicional: se puede considerar que un particular ha rechazado implícitamente las reclamaciones respecto de las cuales no otorga satisfacción (aunque la mejor práctica es claramente abordar los problemas de manera explícita y, aunque no hacerlo, puede dar lugar a reclamaciones de que el laudo es, en algunos aspectos, no razonado. Born, G. (2012, p. 2542).

of an additional award: a particular may be taken to have impliedly reject claims as to which it does not grant relief (although the better practice is clearly to address issues explicitly and although the failure to do so may give rise to claims that the award is, in some respects, unreasoned). (Traducción libre: «El Artículo 33 (3) proporciona un mecanismo para que un tribunal resuelva los reclamos que de otra manera podrían conducir a un “exceso de autoridad” (o infra petita) que conlleve la impugnación de un laudo conforme al Artículo V (1) (c) de la Convención de Nueva York (y disposiciones análogas de la legislación nacional). El mero hecho de que un tribunal arbitral no haya abordado expresamente una reclamación particular no requiere automáticamente la emisión de un laudo adicional: se puede considerar que un particular ha rechazado implícitamente las reclamaciones respecto de las cuales no otorga satisfacción (aunque la mejor práctica es claramente abordar los problemas de manera explícita y, aunque no hacerlo, puede dar lugar a reclamaciones de que el laudo es, en algunos aspectos, no razonado»).

Dado el alcance de la solicitud de integración, y su capacidad para cubrir las omisiones en las que pueda haber incurrido el tribunal al momento de laudar, es posible considerar que es una vía idónea para que la parte interesada pueda reconducir su cuestionamiento a la motivación del laudo, cuando este consista ya sea en un supuesto de no motivación⁶⁷ o en casos de elusión de la cuestión o de incongruencia por defecto, ya que frente a estos casos la integración podrá cubrir, precisamente, aquella omisión en la que se incurrió respecto de algún extremo de las cuestiones controvertidas.

Por último, se encuentra la solicitud de exclusión del laudo la cual, a diferencia de lo que sucede en la Ley Modelo Uncitral, sí se encuentra regulada de forma expresa en la legislación arbitral peruana, conforme se ha mostrado líneas arriba.

Ahora bien, dado que según el dato normativo nacional, la solicitud de exclusión permite la supresión de aquel extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral, entonces mediante esta solicitud es perfectamente posible reconducir cuestionamiento a la motivación, en su faceta de justificación interna, vinculados, por ejemplo, a problemas de congruencia por exceso.

⁶⁷ Únicamente, para este supuesto, admite la utilidad de la solicitud de integración: Bullard González, A. (2011, p. 629).

En función de los argumentos expuestos he mostrado que las solicitudes contra el laudo (interpretación, integración y exclusión), en el ordenamiento jurídico peruano, son medios idóneos para canalizar los cuestionamientos a la motivación que son pasibles de ser conocidos por la magistratura en el marco de un proceso de anulación; por lo que, en caso dichas solicitudes no se hayan presentado de forma previa ante el tribunal arbitral, la demanda de anulación debe ser declarada improcedente.

De no admitirse la solución que propongo, y que admito formula un desafío frente a posturas formalistas que pretenden respetar a ultranza la naturaleza de los recursos contra el laudo, nos encontraríamos ante una paradoja:

[...] que si se sigue manteniendo la idea de que las solicitudes contra el laudo no permiten la corrección de la motivación por los propios árbitros, entonces se abre la puerta para que la judicatura revise dicho defecto de motivación directamente a pesar de que los árbitros podían haberlo hecho.

Y la paradoja se encuentra en el hecho de que la intervención judicial en la revisión de la motivación del laudo se encuentra en el formalismo extremo de no replantear los alcances de las solicitudes contra el laudo. Es decir: el respeto a una noción de las solicitudes contra el laudo (que no guardan conexión con nuestra realidad normativa y nuestra praxis jurisprudencial) por respeto a la tradición arbitral, termina permitiendo que los jueces ingresen a la valoración de la motivación del laudo.

6.2. Evaluación del reclamo previo como mecanismo para la subsanación a los cuestionamientos de motivación del laudo

Sin perjuicio de lo señalado en el presente acápite, e incluso admitiendo por un momento que en pro del respeto a la naturaleza de las solicitudes contra el laudo no son medios idóneos para viabilizar los cuestionamientos a la motivación del laudo, igualmente considero que el requisito de procedencia de la demanda de anulación debe ser mantenido, solo que al amparo de lo que nuestra legislación arbitral denomina: reclamo previo.

Como se recordará —cuando se sostiene que no es posible que los cuestionamientos a la motivación sean canalizados a través de un reclamo previo expreso, diferente a las solicitudes contra el laudo— se recurre tanto al artículo 49 de la Ley de Arbitraje, según el cual no cabe presentar una reconsideración en contra del laudo; como al artículo 60 del mismo

cuerpo normativo, que indica que las actuaciones arbitrales concluyen con la emisión del laudo (o de las solicitudes que la propia legislación arbitral admite).

De lo anterior se puede deducir que frente al laudo, con excepción de las solicitudes previstas expresamente por el legislador, no cabe realizar ningún tipo de cuestionamiento, toda vez que el tribunal arbitral cesa sus funciones una vez emitido aquel; por ello, no cabe realizar ningún reclamo previo en el cual se realice algún tipo de cuestionamiento a la motivación del laudo.

En consecuencia, al no ser aplicable el reclamo previo para cuestionar la motivación del laudo ante el propio tribunal arbitral —en pro de tutelar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva— a la demanda de anulación basada en la causal antes indicada no debe exigirse dicho reclamo previo como requisito de procedencia de la demanda.

La interpretación desarrollada es, sin lugar a dudas, coherente; sin embargo, desde mi punto de vista, es incompleta. Y lo es porque en la interpretación sistemática realizada se ha dejado de lado el texto expreso del numeral 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje (Causales de anulación), el cual dispone lo siguiente:

Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

El dispositivo normativo antes reproducido, que es aplicable para el literal c) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje (que es el que he admitido como cauce válido para cuestionar la motivación a nivel de un proceso de anulación de laudo) y que se emplea para justificar la anulación por defecto de motivación, expresamente contempla el reclamo expreso previo como un requisito de procedencia de la demanda de anulación.

En consecuencia, si la disposición normativa reconoce la necesidad de que, antes de recurrir a la vía judicial para solicitar la anulación del laudo, se deba realizar el reclamo expreso de la causal que fundamente la demanda, entonces se ha reconocido expresamente que ante el laudo no solo caben las solicitudes previstas en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje, sino también la posibilidad de realizar un reclamo previo en los términos antes indicados.

Así las cosas, este tipo de reclamo deviene en una cláusula que permite a las partes dirigir cualquier cuestionamiento vinculado a las causales a, b, c y d, incluso una vez que el laudo se haya emitido.

Bajo las coordinadas normativas antes expuestas, y reconociendo; por un lado, que se manifiesta como una forma de evitar que la parte renuncie a su derecho a objetar⁶⁸; y, por otro lado, que «el reclamo previo constituye una figura similar al interés para obrar que rige los procesos civiles»⁶⁹, entonces no queda más que afirmar que no solo es posible cuestionar la motivación del laudo a través de un reclamo previo⁷⁰, sino que ante la ausencia de dicho reclamo, la demanda de anulación debe ser declarada improcedente.

Esta interpretación, que era la formulada por el primero de los Plenos Jurisdiccionales que se han expuestos precedentemente, también ha merecido un reconocimiento por parte de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, la cual en la Casación N° 2740-2016 indicó expresamente lo siguiente en el Considerando Séptimo:

A ello se suma que el artículo 58 en comento, no prevé que los recursos que ahí mencionan, sean los únicos que puedan promoverse frente a la expedición del laudo; motivo por el cual, el razonamiento de la Sala Superior, resulta insuficiente para sostener que al no estar previsto en el citado artículo, la exigencia del reclamo a que hace referencia dicho dispositivo legal, sea inconducente o irrazonable como lo sostiene dicho órgano jurisdiccional [...].

Tal como se puede apreciar, la Corte Suprema ha establecido que la relación de solicitudes (rectificación, interpretación, integración y exclusión) que se puede formular ante el Tribunal Arbitral, según lo establecido en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje, no es una lista taxativa o cerrada.

En otros términos, la Corte Suprema ha reconocido que las partes en un arbitraje, en pleno ejercicio de su derecho de defensa, pueden realizar solicitudes a los árbitros de la más diversa índole, luego de emitido el laudo,

⁶⁸ Ver Cantuarias Salaverry, F. (2007, p. 473); Alva Navarro, E. (2011, pp. 98-106).

⁶⁹ Silva Santisteban Valdivia, M. (2018, p. 128.)

⁷⁰ Inclusive se ha indicado que debería reclamarse previamente en sede arbitral el cuestionamiento a la motivación, ya que por la Duodécima Disposición Final, al ser la demanda de anulación la vía idónea para cuestionamientos a la vulneración de cualquier derecho constitucional, a esta se le debe aplicar el requisito de procedencia. Así, León Pastor, R. (2016) <<https://www.youtube.com/watch?v=nlgzMXGVuPk>>

y que no se encuentran limitados, y no podrían estarlo, a la relación de remedios a los que se alude en el citado artículo 58.

De este modo, no se puede considerar que las solicitudes frente a un laudo son una camisa de fuerza ante el derecho de defensa de las partes en un arbitraje, en una clara (pero indebida) asimilación a un esquema de tipicidad.

Así las cosas, me permito discrepar con aquella posición que indica⁷¹ que no es necesario el reclamo previo como causal de procedencia de la demanda de anulación por defecto de motivación; y que en caso se haya realizado un pedido para revisar la anulación ante el propio tribunal, dicho reclamo delimita la posibilidad de cuestionar la motivación en sede judicial.

Si la parte interesada no presentó el reclamo previo ante el propio tribunal arbitral en el cual cuestiona los defectos de motivación del laudo, entonces la demanda de anulación que se sustente en los mismos cuestionamientos, repito, debe ser declarada improcedente.

7. CONCLUSIONES

En función de lo desarrollado, presento las siguientes conclusiones:

- El estándar de motivación del laudo arbitral, en función del parámetro establecido por la práctica del arbitraje comercial internacional, es diferente al de la motivación de las resoluciones judiciales.
- La anulación del laudo arbitral basada en cuestionamientos a su motivación, dadas las imprecisiones en las que incurrió el legislador peruano al importar irreflexivamente la versión en castellano de la Ley Modelo Uncitral, se puede encausar bajo la causal prevista en el literal c) del numeral 1) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje peruana.
- En sede de un proceso de anulación de laudo arbitral, la magistratura peruana en función al dato normativo existente está legitimada para revisar la motivación del laudo como causal de anulación, únicamente, ante defectos de justificación interna, más no ante defectos a la justificación externa.
- La jurisprudencia con subespecialidad en lo comercial, que es la competente para conocer de los procesos de anulación de laudo

⁷¹ Hidalgo Chavez, J. (2018, p. 159).

arbitral, no tiene una posición unánime respecto del requisito de procedencia de la demanda de anulación por cuestionamientos a la motivación.

- Las solicitudes contra el laudo son mecanismos idóneos, dentro del marco de la normativa peruana, para que las partes interesadas que cuestionen la motivación del laudo puedan solicitar su subsanación ante el propio tribunal.
- El reclamo previo es un mecanismo autónomo que constituye un requisito de procedencia de las demandas de anulación, inclusive, cuando esta se sustente en un cuestionamiento a la motivación del laudo.
- Si se pretende la anulación de un laudo arbitral por defectos de motivación, pero no se presentó una solicitud contra el laudo o un reclamo previo en cual se denuncie dicho vicio, la demanda debe ser declarada improcedente.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aliste Santos, T.J. (2011). *Las motivaciones de las resoluciones judiciales*, Madrid: Marcial Pons.
- Alva Navarro, E. (2011). La anulación del laudo, primera parte, Biblioteca de arbitraje, 14.
- Aramburú Yzaga, M. (2011a). Comentario al artículo 58 de la Ley peruana de Arbitraje. En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Aramburú Yzaga, M. (2011b). Comentario al artículo 59 de la Ley peruana de Arbitraje. En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Tomo I (pp. 670-673). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Ariano Deho, E. (2016). *Resoluciones judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos*. Lima: Actualidad Civil.
- Ariano Deho, E. (2016a). En búsqueda de nuestro modelo de apelación civil. En *Resoluciones judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos* (p. 359). Lima: Actualidad civil.

- Ariano Deho, E. (2016b). Sobre los poderes del juez de apelación. En *Resoluciones judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos* (p. 386). Lima: Actualidad civil.
- Ariano Deho, E. (2016c). Las impugnaciones en el arbitraje entre pasado y presente. En *Resoluciones judiciales, impugnaciones y la cosa juzgada. Ensayos* (p. 522). Lima: Actualidad civil.
- Arrarte Arisnabarreta, A.M. (2007). Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo. *Ius et veritas*, 35.
- Avenidaño Valdez, J.L. (2011). Comentarios al artículo 63 de la Ley peruana de Arbitraje. En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Baptista, L.O. (2010). Correction and clarification of arbitral awards. *Paper of ICCA Congress*, pp. 1-15.
- Born, G. (2012). *International commercial arbitration. Vol. II. International Arbitration Procedures*. New York: Kluwer Law International.
- Briceno Berrú, J.E. (2011). Teoría y praxis el arbitraje comercial internacional en América Latina, *Agenda internacional*, XVIII, 29.
- Bullard González, A. (2011). Comentario al artículo 56 de la Ley peruana de Arbitraje. En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto peruano de Arbitraje.
- Bullard González, A. (2012). El carácter contractual del recurso de anulación. *Derecho & Sociedad*, 38.
- Cantuarias Salaverry, F. (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Cantuarias Salaverry, F. & J.L. Repetto Deville (2015). El nuevo potro indomable: el problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. *Ius et Veritas*, 51.
- Caron, D. & L. Caplan (2013). *The Uncitral arbitration rules. A commentary*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press.
- Carvajal Jiménez, L. (2010). *Desnaturalización del arbitraje por la interposición indebida del recurso de anulación contra el laudo pretendiendo configurar una segunda instancia en el proceso arbitral*. Bucaramanga: Universidad industrial de Santander.
- Castillo Freyre, M. & R. Vásquez Kunze (2010). La política internacional sobre la legislación arbitral: La Ley Modelo Uncitral/Cnumudi. *Foro jurídico*, 11.

- Cavani R. (2013). Motivación de las decisiones judiciales: en búsqueda de su núcleo duro. <https://afojascero.com/2013/10/19/motivacion-de-las-decisiones-judiciales-en-busqueda-de-su-nucleo-duro>
- Cavani R. (2016). Controlar el laudo arbitral: una invitación al diálogo a Pedro Grández. <https://afojascero.com/2016/09/27/controlar-el-laudo-arbitral-una-invitation-al-dialogo-a-pedro-grandez>
- Cavani R. (2018). *Teoría impugnatoria. Recursos y revisión de la cosa juzgada en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Conejero Roos, C. (2005). La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo. *Revista chilena de Derecho*, 32(1).
- Franciskovic Ingunza, B. & C.A. Torres Angulo (2011). La sentencia arbitraria por falta de motivación en los hechos y el derecho. En *Estudios sobre los medios impugnatorios en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- García Figueroa, A. (2014). Justificación interna y justificación externa. En *Argumentación jurídica*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Hidalgo Chávez, J. (2018). Recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de la vulneración del derecho a la debida motivación. ¿Es exigible el reclamo previo cuando en el recurso de anulación se denuncian vicios de motivación del laudo? En *Plenos comerciales. Aspectos objetivos*. Lima: Instituto Pacífico.
- International Bar Association (2018). *Annulment of arbitral award by state court: review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*.
- Lalive, P. (2010). On the reasoning of international arbitral awards. *Journal of international dispute settlement*, 1(1).
- Linares Avilez, D. (2016). Sobre la anulación del laudo arbitral por causal de falta de motivación. *Gaceta civil & procesal civil*, 33.
- León Pastor, R. (2014). ¿Los defectos de motivación justifican la anulación del laudo? Una revisión crítica de los recursos de anulación de laudo presentados ante la Corte de Lima en el año 2013. En *Argumentación y arbitraje*. <http://www.leonpastor.com/2014/09/los-defectos-de-motivacion-justifi>
- León Pastor, R. (2015). Caso Llamoja, por qué no mezclar papas con camotes. <http://www.leonpastor.com/2015/04/caso-llamoja-por-que-no-mezclar-papas.html>
- León Pastor, R. (2017). ¿La «mala motivación» te lleva a la anulación del laudo? Depende... <http://www.leonpastor.com/2017/06/la-mala-motivacion-te-lleva-la.html>

- Martel Chang, R. (2018). *La anulación de laudos arbitrales en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- McNerney, M. & C.A. Esplugues (1986). International Commercial Arbitration: The UNCITRAL Model Law. *Boston College International & Comparative Law Review*, IX(1).
- Palacios Pareja, E. (2008). La motivación de los laudos y el recurso de anulación. En *Biblioteca de arbitraje: Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*, 6.
- Rey Vallejo, A. (2014). Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio, *Vniversitas*, 128.
- Rivas Caso, G. (2017a). La anulación de laudos arbitrales peruanos. Análisis estadístico. *Actualidad jurídica*, 287.
- Rivas Caso, G. (2017b). Desnaturalizando todo: la motivación como causal de anulación del laudo. <https://www.enfoquederecho.com/2017/03/22/desnaturalizando-todo-la-motivacion-como-causal-de-anulacion-del-laudo/>
- Rivas Caso, G. (2017c). La anulación del laudo por su motivación en el Perú: cómo hacer frente a una vía distorsionada. *Thémis. Revista de Derecho*, 72.
- Rubino-Sammartano, M. (2014). *International arbitration. Law and practice*. Tercera edición. New York: Juris.
- Santistevan de Noriega, J. (2008). Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral. *Ius et Veritas*, 37.
- Schlaepfer, A.V. & A.C. Cremades (2013). La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión. En *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro*. Tomo II. Lima: Instituto peruano de arbitraje.
- Schreuer, C.H., et. al. (2011). *The ICSID Convention: a commentary*. New York: Cambridge University Press.
- Silva Santisteban Valdivia, M. (2018). El reclamo previo como requisito de procedibilidad de las demandas de anulación de laudo arbitral a propósito del Pleno Jurisdiccional Regional Comercial del 2016. En *Plenos comerciales. Aspectos objetivos*. Lima: Instituto Pacífico.
- Strong S.I. (2015). Reasoned awards in international commercial arbitration: embracing and exceeding the common law - civil law dichotomy. *Michigan Journal of International Law*, 37(1).

UNCITRAL (2012). *Digest of case in the Model Law on International Commercial Arbitration*.

Wong Abad, J. (2013). *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la jurisprudencia de la subespecialidad comercial*. Lima: Jurista.

Zavaleta Rodríguez, R. (2014). *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley.

¿ES LA MOTIVACIÓN UNA NUEVA CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN EL PERÚ?

Jhoel Chipana Catalán

1. LA NECESARIA RELACIÓN DE COOPERACIÓN (Y NO DE SUBORDINACIÓN) ENTRE EL PODER JUDICIAL Y LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

El arbitraje ha tenido en el Perú un desarrollo importante en los últimos años debido, fundamentalmente, a la existencia de una Ley de Arbitraje que ha seguido el paradigma planteado por la Ley Modelo Uncitral, y a la obligatoriedad que el Estado ha fijado para que todas las controversias en materia de contratación estatal sean resueltas a través de este tipo de procesos.

Creo que estos dos hitos han sido fundamentales para estar ante un verdadero fenómeno arbitral y ha catapultado el uso de este mecanismo de solución de controversias que, por obvias razones, ya no debería llamársele alternativo, pues en muchos casos viene a ser el principal camino para resolver una *litis*.

Así las cosas, todo este desarrollo ha ido perfilando situaciones positivas, pero también negativas. En suma, nos enfrentamos a realidades y ya no a meras especulaciones sobre los alcances y el rol que juega la institución arbitral en nuestra sociedad.

De esta manera, una de estas realidades que el arbitraje afronta día a día, tiene que ver con la relación que posee dicha jurisdicción con su par representada por el Poder Judicial. En este punto resulta importante señalar que, según la Constitución peruana, a través de su artículo 139, inciso 1, el arbitraje es jurisdicción. Veamos:

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

[...]. (subrayado añadido)

Esta norma zanja el debate en torno a cuál era la naturaleza jurídica del arbitraje (tesis jurisdiccionalista, contractualista, mixta o autónoma) y, sin perjuicio de que creo que el arbitraje tiene una naturaleza jurídica autónoma, es claro que en el Perú la tesis jurisdiccionalista es la que se impone, en virtud de la citada norma constitucional (de ahí que, en adelante, utilicemos la etiqueta de jurisdicción arbitral).

Ahora bien, indicaba que el arbitraje tiene distintas realidades que afrontar y una de ellas es la que posee con el Poder Judicial. En efecto, el decreto legislativo 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje) posee varias normas en las que hace referencia a dicha institución, y en muchas de ellas regula supuestos de cooperación y apoyo que deben existir entre ambas jurisdicciones, a efectos de que el proceso arbitral se desarrolle de manera adecuada y cumpla con la finalidad que posee. A su turno, el Código Procesal Civil también posee algunas normas en donde se hace referencia a la institución arbitral y regula supuestos que podrían ser de utilidad al interior del propio proceso.

No es objeto de este ensayo entrar al análisis de todos estos casos, pero sí resulta importante señalar los más importantes, es decir, aquellos en los que la relación que existe entre el Poder Judicial y el Arbitraje cobra relevancia. Ello, debido a que es en unos de esos supuestos en el que se enmarca el objeto de análisis de este trabajo.

Así, en los siguientes escenarios se aprecia una clara relación entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción ordinaria:

- a) *Determinación de la competencia*: este supuesto encuentra directa relación con una de las características que hace del arbitraje una institución singular y autónoma, pues en este tipo de procesos son los propios árbitros quienes deciden acerca de su propia competencia. En efecto, el principio *kompetenz-kompetenz* sirve para que sean los propios árbitros quienes resuelvan cualquier supuesto en donde se ponga en tela de juicio la competencia que tienen para resolver un conflicto. En este punto, resulta importante señalar que el artículo 3, inciso 3, de

la Ley de Arbitraje, establece que son principios de la función arbitral el que «el tribunal tenga plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo». De la misma forma, y de manera más amplia y específica, se tiene al artículo 41 de la misma ley.

Lo señalado tiene relación directa con que los jueces ordinarios no pueden, ni deben, pronunciarse en torno a la competencia de un árbitro. Sin embargo, lo que sí puede hacer un juez ordinario, ante una demanda interpuesta por una parte ante su fuero, y frente a la excepción de convenio arbitral que deduzca la contraria, es determinar que ese juez no es competente para resolver dicha *litis*, por cuanto ha declarado fundada la excepción.

Como se aprecia, este es un supuesto en el que existe una necesaria coordinación y aplicación conjunta de la ley, tanto por los árbitros como por los jueces ordinarios, pues, de lo contrario, cada fuero actuaría de manera separada y emitirían, sin duda alguna, decisiones discordantes que harían imposible el desarrollo del proceso arbitral.

- b) *Otorgamiento de medidas cautelares*: este supuesto cobra relevancia si se tiene en cuenta que una medida cautelar puede ser otorgada por un juez ordinario de manera previa al inicio del proceso arbitral (otorgamiento de medidas cautelares fuera del proceso). Así lo permite el artículo 47, inciso 4, de la Ley de Arbitraje, al señalar que:

[...] las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

Como se aprecia, es clara la relación de cooperación y coordinación que deberá existir en estos casos, entre los jueces ordinarios y los árbitros. De hecho, en este punto resulta importante no dejar de mencionar a la figura del árbitro de emergencia, que es una innovación que está tomando cada vez mayor fuerza en la práctica arbitral, pues se trata de un árbitro que tiene como principal función emitir una medida

cautelar antes de que el tribunal arbitral se constituya, de manera tal que se deja de lado la posibilidad de que una parte tenga que recurrir a un juez ordinario y todo quede dentro de la jurisdicción arbitral.

- c) *Colaboración judicial en materia probatoria*: existen supuestos en donde resulta complicada la actuación de algunos medios probatorios. Piénsese en el caso de que exista una inspección a un lugar agreste y peligroso, en donde es claro el riesgo que sufriría un tribunal arbitral y las propias partes. Así, la Ley de Arbitraje establece que los árbitros pueden pedir el apoyo del Poder Judicial.

Sobre este particular, veamos qué dice el inciso 1 del artículo 8:

Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

Como se aprecia, es claro que en muchos casos debe existir una relación de cooperación directa entre ambas jurisdicciones, a efectos de lograr los fines que el proceso arbitral persigue y que, sin la colaboración de la fuerza pública impulsada por el Poder Judicial, sería difícil de alcanzar.

- d) *Ejecución del laudo arbitral*: la práctica ha demostrado que este supuesto, junto con el de la figura de la anulación del laudo arbitral, son los que representan el punto de conexión e interacción más recurrentes entre ambas jurisdicciones. Ello es así, debido a que en la mayoría de los casos la parte que pierde el proceso arbitral no cumple de manera voluntaria lo ordenado por el tribunal, de tal manera que, teniendo en cuenta que el laudo arbitral constituye un título ejecutivo, la contraparte debe iniciar un proceso de ejecución en el fuero ordinario, a efectos de que sea un juez el que haga efectivo y mande a ejecutar lo establecido en el laudo arbitral.

Naturalmente, en estos casos resulta clara la relación de coordinación que debe existir entre ambos fueros, ya que es usual que el juez ordinario solicite al tribunal arbitral copias de los actuados en dicho proceso y alguna información adicional, a efectos de proceder con la ejecución del laudo.

Téngase en cuenta, en este punto, que una de las grandes diferencias entre ambos fueros es que el tribunal arbitral carece de la coertio que sí poseen los jueces ordinarios, la misma que les permite ejecutar títulos con uso de la fuerza pública.

- e) *Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros*: sobre este particular, remito al lector a los artículos 74 a 78 de la Ley de Arbitraje, pues en ellos se desarrolla, en detalle, este supuesto en el que luego de emitido un laudo por un tribunal arbitral en el extranjero, el mismo debe reconocerse o ejecutarse en el Perú.

Aquí es claro que, al margen de que el fuero arbitral no se encuentre en el país, esa jurisdicción tiene que ser reconocida por un juez peruano, quien tiene la obligación de conocer y ejecutar lo indicado en el laudo, siempre y cuando, claro está, se cumplan con los requisitos establecidos por la ley nacional.

- f) *Recurso de anulación del laudo arbitral*: la Ley de Arbitraje regula, en detalle, las causales, las consecuencias y el procedimiento que se debe seguir para interponer un recurso de anulación contra el laudo arbitral (artículos 62 a 65 de la Ley de Arbitraje). Se debe tener en cuenta que este es el único mecanismo que se tiene para poder cuestionar el laudo. Así, la premisa es que las causales establecidas por ley tienen la naturaleza de ser unas cuyo contenido es meramente formal, es decir, por su propia definición, en modo alguno debería cuestionarse el contenido o el fondo del laudo, sino únicamente algún aspecto formal que lo vicie y que acarree su nulidad.

El punto f) es el que vamos a analizar en este ensayo, pues desde hace algunos años he podido apreciar que en la práctica se anulan laudos arbitrales no por las causales expresamente establecidas en la ley, sino por interpretaciones que llevan a concluir al juez ordinario que en el laudo no existió motivación o que ésta fue insuficiente o indebida.

2. EL RECURSO DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Como ya lo señalé, el sentido y la valía del arbitraje reside, entre otras cosas, en que lo resuelto y decidido por los árbitros no podrá ser revisado por otra instancia ni otro órgano jurisdiccional. De ahí que se afirme que uno de los principales beneficios del arbitraje sea su celeridad, ya que al ser una sola

instancia la que resolverá el fondo de la controversia, se evita la posibilidad de recurrir ante otra instancia y, con ello, encontrarnos más tiempo en el proceso.

Sin embargo, la Ley de Arbitraje establece en su artículo 62 lo siguiente:

Artículo 62.- Recurso de anulación

1. Contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

La norma citada es clara y si se habla de recurso de anulación del laudo arbitral, las premisas que deben cumplirse en todos los casos son las siguientes:

- Se trata de un recurso que en ningún caso debe entrar al análisis del fondo de lo resuelto por el tribunal arbitral.
- Es el único recurso que cabe interponer, pues es la única vía de impugnación del laudo.
- El objetivo de este recurso es la revisión de la validez del laudo por las causales expresamente establecidas en el artículo 63.
- El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo.
- Si el juez ordinario se pronuncia sobre el fondo o sobre el contenido de la decisión o califica los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral en el laudo, incurre en responsabilidad.

Lo señalado tiene ese contenido luego de una evolución que esta figura ha tenido en nuestro país. Téngase en cuenta que las premisas que hemos señalado constituyen la coraza que la ley ha establecido para que el laudo no sea modificado, atacado ni analizado por alguien que no sea el propio tribunal arbitral.

En este punto resulta importante señalar que la lectura que hoy se realiza en el Perú del recurso de anulación del laudo arbitral ha pasado por un periodo de evolución importante. Así, y solo por citar a las sentencias más importantes emitidas por el Tribunal Constitucional peruano que se han pronunciado, directa o indirectamente, sobre este tema, se puede mencionar a:

- Sentencia recaída en el expediente 189-1999-AA/TC, que data del año 1999, con motivo del proceso de amparo promovido por Pesquera Rodga S.A. contra los miembros de un tribunal arbitral y el Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial (Cearco Perú).
- Sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC, del año 2005, en un proceso de habeas corpus promovido por el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima.
- Sentencia recaída en el expediente 4972-2006-PA/TC, en el proceso de amparo promovido por Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C. contra Aristocrat Technologies INC y Aristocrat International PTY Limited.
- Sentencia recaída en el expediente 4195-2006-PA/TC, en el proceso de amparo promovido por PROIME Contratistas Generales S.A. contra los miembros del tribunal arbitral del Colegio de Ingenieros del Perú.
- Sentencia recaída en el expediente 00142-2011-PA/TC, que es el caso conocido como María Julia.

Sin ánimo de entrar en el análisis de estos precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional, sí es importante detenerse en el último, habida cuenta de que es el que hoy rige y mantiene vigencia en nuestro país. Así, es importante recordar que el amparo era la vía utilizada por quienes se veían perjudicados con la emisión de un laudo arbitral que usualmente iba en contra de sus intereses. Ante ello, el Tribunal Constitucional estableció una serie de precedentes y reglas que, desde la entrada en vigencia de dicha sentencia, eliminó esa mala práctica de presentar amparos contra todo laudo que no era del gusto de una parte.

En ese sentido, resulta importante tener en cuenta el fundamento 20 de dicha sentencia (expediente 0142-2011-AA/TC), que señala lo siguiente:

- a) El recurso de anulación (y de apelación para aquellos procesos sujetos a la derogada ley 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo, salvo las excepciones establecidas en la propia sentencia.

- b) No procede el amparo para la protección de derechos constitucionales, aun cuando estos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva.
- c) No procede el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral.
- d) No procede el amparo cuando las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna.
- e) Si se interpone demanda de amparo, desconociendo las referidas reglas, no se suspende ni interrumpe los plazos para interponer los recursos de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales solo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Finalmente, el fundamento 21 de la sentencia del caso María Julia, establece tres reglas para la procedencia de un amparo arbitral:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del decreto legislativo 1071 (que es la figura de la parte no signataria del convenio arbitral).

Lo señalado hasta aquí tiene relación directa con el recurso de anulación del laudo arbitral, pues, como hemos señalado, hasta hace algunos años era común que las partes interpusieran recursos de amparo contra los laudos de manera indiscriminada y no existían reglas uniformes para que los jueces ordinarios puedan resolver dichos pedidos.

Hoy, gracias a la sentencia recaída en el caso María Julia, el amparo ha dejado de ser la puerta de uso común para impedir que los efectos del laudo se materialicen y ha quedado planamente establecido cuáles son los únicos supuestos en que será procedente un amparo arbitral.

Sin perjuicio de ello, al cerrarse esa puerta, los justiciables han tratado de abrir otra y, al parecer, lo han logrado, ya que hoy en día los jueces están declarando laudos nulos por una causal que para su configuración requiere entrar a analizar el fondo de lo resuelto por los árbitros. Pero sobre este volveremos en el siguiente acápite.

Siguiendo con el estudio de lo que importa el recurso de anulación de laudo arbitral, debe decirse que el mismo posee una serie de características, siendo las más importantes las siguientes:

- Se trata de una petición (*petitum*) que se interpone ante el Poder Judicial a través de recurso de anulación de laudo arbitral.
- Como es natural, se interpone fuera del proceso arbitral. En este punto resulta importante diferenciar dos supuestos, ya que la regla general es que dicho recurso se interponga cuando el proceso arbitral haya finalizado; esto es, con la emisión del laudo arbitral o, en su defecto, con la notificación de la resolución que resuelve los recursos de rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo que, como sabemos, son resoluciones que son parte integrante de dicho laudo arbitral. De otro lado, el segundo supuesto será aquel en el que se emitió un laudo parcial, caso en el que sí será posible interponer recurso de anulación pese a que el proceso arbitral continúe. Ello se explica debido a que pese que se esté frente a un laudo parcial, el mismo no deja de ser un laudo arbitral, razón por la cual le serán aplicables todas las herramientas y conceptos relacionados a un laudo, incluido el recurso de anulación.
- Se está ante un verdadero proceso judicial autónomo con reglas específicas contenidas no solo en la Ley de Arbitraje, sino también en el Código Procesal Civil. Estas deberán aplicarse de manera concordada, a efectos de lograr que el laudo sea declarado nulo o, caso contrario, válido.
- Las causales que van a originar la interposición del recurso de anulación tienen naturaleza eminentemente formal. Esta es la regla que consagra

la Ley de Arbitraje, pero, tal como veremos más adelante, ello no es necesariamente así, debido a que la práctica judicial, de la mano con las partes del proceso que han perdido el arbitraje, han logrado abrir una verdadera caja de pandora y están logrando la anulación de una serie de laudos arbitrales por aspectos relacionados a su motivación; es decir, por cuestiones de fondo y no de forma. Se dice que el recurso de anulación no debería entrar, nunca, en el análisis del fondo de la controversia, pero ello en la realidad no es así.

- Finalmente, se debe señalar como característica de este recurso que las causales se deben encontrar expresamente establecidas en la ley. Ello importa que no debería permitirse llegar a una causal a través de todo un proceso interpretativo que en muchos casos fuerza la sana lectura de una norma, sino que deberíamos estar ante supuestos claros y taxativos. Sin embargo, esto no es así, ya que es a través de estas elucubraciones se cobijan petitorios de anulación del laudo por una falta o indebida motivación.

Ahora bien, teniendo en cuenta el concepto del recurso de anulación, su diferencia con el recurso de amparo arbitral, así como las características de dicho recurso, corresponde tener en cuenta, de manera muy sucinta, cuáles son esas causales de anulación que el artículo 63 de la Ley de Arbitraje regula. Es importante precisar que no vamos a comentar cada uno de estos supuestos, sino más bien vamos a citarlos, a efectos de entender que, de su lectura, parecería que estamos ante supuestos que atacan la forma antes que el fondo.

De esta forma, debe tenerse en cuenta que en todos los casos en donde se quiera lograr la anulación de un laudo arbitral, la parte demandante de ese proceso debe alegar y probar:

- 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 la Ley de Arbitraje de la que las partes no

podieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento que no se han ajustado a lo establecido en la ley.

- 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.

Es importante señalar que las causales previstas en los literales a), b), c) y d) solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y dicho reclamo fue desestimado.

De otro lado, tratándose de las causales previstas en los literales d) y e), la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el literal e) podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

Por otra parte, según lo establece la Ley de Arbitraje, la causal prevista en el inciso g) solo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

Ahora bien, este trabajo va a desarrollar algunos aspectos contenidos en los literales b) y c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, pues es en ellos en donde los justiciables y los jueces basan su razonamiento para declarar fundados pedidos de anulación de laudos por aspectos de fondo (motivación) y no de forma.

3. ¿CUÁL ES EL PROBLEMA?

Si tenemos en cuenta que las causales de anulación son, por definición, de naturaleza formal, no debería existir problema alguno, pues la premisa de que los jueces ordinarios no pueden entrar a analizar el fondo de lo resuelto por los árbitros sería inviolable. Sin embargo, la práctica ha demostrado todo lo contrario y es objeto de este ensayo poner de manifiesto esta alarmante práctica.

En efecto, la realidad demuestra que los jueces ordinarios están entrando a analizar el fondo de lo resuelto por los árbitros. Para muestra, a continuación transcribimos el extremo de una resolución¹ emitida en un proceso de anulación de laudo arbitral resuelto en el año 2018, en donde de manera clara se observa que se quiere analizar la fundamentación (o sea, el fondo) de lo resuelto por el tribunal arbitral. Veamos:

- Causal de anulación de laudo arbitral:

La parte impugnante, manifiesta que el laudo arbitral incurre en la causal de anulación sancionada en el inciso b) del numeral 1 del artículo 63 del decreto legislativo 1071, concordado con su Décimo Segunda Disposición Complementaria, pues vulneró el debido proceso en su dimensión de falta de motivación.

- Con relación a la causal invocada:

Aduce, esencialmente, lo siguiente: Que, el laudo arbitral carece de sustento fáctico y tiene una fundamentación meramente subjetiva, ya que el árbitro no desvirtúa una prueba con otra prueba, sino con su parecer o simple suposición de que los proveedores no cuentan con materia prima para seguir distribuyendo, sin tomar en cuenta que al existir disponibilidad y stock de Tramadol Clorhidrato, no sería lógico señalar que había escasez de la misma, y por tanto, tampoco que podría calificar como un hecho extraordinario, pues la supuesta escasez coincidentemente solo se daba en las empresas Chemo S.A. y Smarth Pharma.

¹ Primera Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente 00475-2017-18017-SP-CO-01. Resolución 07, de fecha 3 de abril de 2018.

En el siguiente punto vamos a analizar en detalle este y otros casos en donde de manera manifiesta el juez ordinario entra a analizar el fondo de la controversia para, posteriormente, declarar fundado el recurso de anulación del laudo arbitral.

Entonces, visto así el asunto, se puede llegar a la conclusión de que no es real la premisa (pese a que esté consagrada así por ley) de que todas las causales de anulación del laudo arbitral tienen naturaleza formal, sino que, por el contrario, existen casos en donde la causal invocada tiene directa relación con el fondo de la controversia.

De otro lado, también debo señalar que luego de la revisión de la casuística que he podido obtener, las causales de anulación no son las que de manera expresa ni taxativa se encuentran en la Ley de Arbitraje, sino que, a través de mecanismos de interpretación latos y bastante forzados, se construyen nuevos supuestos y causales de anulación. En otras palabras, las causales de anulación no son únicamente las que expresamente se encuentran contenidas en la Ley de Arbitraje, sino también lo son aquellas creadas por los jueces ordinarios.

Teniendo en cuenta ello, la conclusión es que existe una desnaturalización del contenido de algunas causales que sí son taxativas, y se da paso al surgimiento de nuevas causales que van en contra de lo que la propia ley establece.

4. ¿LA MOTIVACIÓN PUEDE SERVIR COMO ARGUMENTO PARA DESARROLLAR UNA CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL?

Esta pregunta debería tener como respuesta un no rotundo, sin embargo, ya hemos señalado que la respuesta es positiva y ello debería causar gran alarma. En ese entender, a continuación voy a citar y resumir algunos casos que nos permitan entender cuál es el *modus operandi* de los jueces cuando declaran nullos laudos arbitrales basándose en la figura de la motivación.

4.1. Tres casos

A continuación, vamos a resumir tres casos resueltos en el año 2018, en donde la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima ha declarado fundados (en todo, o en parte) los recursos de anulación de laudo arbitral. Es de precisar que en este acápite vamos a citar y transcribir los extremos más importantes de las resoluciones que contienen estos casos.

4.1.1. Caso 1: ausencia de motivación (expediente 00134-2018-0-1817-SP-CO-01)

En este caso el demandante fue el Gobierno Regional de Moquegua y el demandado la Universidad Nacional de Ingeniería (UNI). La causal de anulación invocada tenía como sustento legal el literal b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, indicándose la existencia de una serie de vicios en la motivación. La Sala argumentó su decisión de anular el laudo en una serie de argumentos, siendo los más importantes los que a continuación resumimos:

- El colegiado parte de la premisa de que esta figura constituye un recurso extraordinario que se interpone ante el órgano jurisdiccional, cuyo objeto no es el de revisar el contenido del laudo expedido por los árbitros —en cuanto al fondo del asunto materia de controversia— sino controlar que estos hayan dado cumplimiento a determinadas exigencias que la ley ha considerado indispensables para el buen funcionamiento del arbitraje. Ello, debido a que el arbitraje (incluyendo a la anulación del laudo arbitral) se sustenta en el principio de mínima intervención judicial recogido en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje, razón por la cual la labor contralora de la judicatura se circunscribe a emitir pronunciamiento sobre la validez formal de laudo.
- Así, es cierto que la jurisdicción arbitral es de naturaleza constitucional, autónoma e independiente, pero también es cierto que existe un sistema de control judicial que garantiza la observancia de los principios y derechos jurisdiccionales de los involucrados. Debe subrayarse que, aunque disímiles la jurisdicción arbitral y judicial, recogen ciertos principios comunes sin los cuales no podríamos hablar de una verdadera justicia, a saber: la igualdad, derecho de contradicción, debate previo.
- En el presente caso, el recurrente acusa una indebida motivación del laudo —afectación que válidamente puede ser subsumida en la causal antes citada— en virtud de una interpretación extensiva de la norma al denunciarse en puridad: vulneración al debido proceso, derecho que comprende el de obtener una resolución debidamente motivada. La motivación de un laudo es necesaria a fin de que su contenido sea producto de una exégesis racional, y no el fruto de la arbitrariedad. Se entiende que la motivación es un deber consistente en la expresión de

los motivos o razones que explican la decisión y los argumentos en que se ha basado el Tribunal, constituyendo así una garantía procesal de las partes que les permite conocer las razones por las que sus pretensiones fueron estimadas o desestimadas.

- En ese sentido, la verificación por parte de la Corte Superior debe tener como límites los establecidos por la propia Ley de Arbitraje en el artículo 62 numeral 2, que prohíbe expresamente analizar no solo el fondo de la controversia o contenido de la decisión, sino también calificar los criterios o interpretaciones expuestas en el caso puntual por el Tribunal Arbitral. En apretada síntesis, el control de motivación de un laudo debe estar orientado a verificar que las razones por las cuales se ampararon o no las pretensiones del proceso arbitral, se encuentren debidamente expresadas y sustentadas, dado que la labor contralora del órgano jurisdiccional se limita únicamente a revisar la forma, más no así el acierto de la decisión.
- En este caso, el punto medular de la discusión arbitral radicaba en que si correspondía o no la nulidad de la resolución ejecutiva regional 696-2012/GRM.MOQ, mediante la cual el Gobierno Regional de Moquegua resuelve el Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional para el proyecto de Construcción e Implementación de la Universidad Nacional de Moquegua. De la lectura del laudo arbitral cuestionado, se aprecia que el Tribunal Arbitral realiza un análisis del Convenio y una serie de documentos, disponiendo la realización de una pericia de oficio, con el fin de que un apersona ajena al proceso arbitral emita una opinión calificada que ayude al Tribunal a conocer con mayor detalle las circunstancias suscritas en el Contrato. En el Informe Pericial de Oficio, se concluyó que la Universidad Nacional de Ingeniería, no cumplió con presentar los entregables; sin embargo, dicho incumplimiento fue producto de la falta de información de parte de la Entidad. Así, el Tribunal Arbitral solo tomó en cuenta el informe pericial practicado de oficio sin merituar los argumentos expuestos.
- Se debe tener en cuenta lo convenido en el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, que en su numeral 19 estableció: «El Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo

ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.». Esta situación denota que el Tribunal Arbitral goza de independencia en la valoración probatoria de los medios de prueba aportados y actuados en el proceso; por lo que, de ninguna forma, el recurso de anulación puede ser usado válidamente para tratar de contener cuestionamientos relativos a la evaluación probatoria efectuada por los árbitros.

Téngase en cuenta la importante conclusión a la que se llega, pues la sentencia parte de una premisa, que es la de no entrar en el análisis de fondo del laudo cuestionado. Ello importa, también, que el juez ordinario no tenga que analizar el razonamiento ni la valoración que los árbitros han realizado de la pericia, pues el proceso se rige bajo el criterio de la sana y libre valoración probatoria. Sin embargo, a continuación, veremos que en este mismo caso esa premisa con la que parte esta sentencia, y que es expuesta de manera tan clara y contundente, al parecer se ve relativizada. Veamos:

- De otro lado, en cuanto al pago de prestaciones impagas y gastos generados ascendente a S/ 7 400 320 00, por el incumplimiento de las obligaciones del Gobierno Regional de Moquegua, el Tribunal Arbitral analiza cada uno de los conceptos que sustentaron dicho monto. Al respecto, la Sala advierte que siete de los diez conceptos aluden al pago por la elaboración de Anteproyectos Arquitectónicos.
- En ese contexto, las justificaciones expuestas por el Tribunal Arbitral respecto al pago de las prestaciones impagas y gastos generados por su incumplimiento hasta la fecha no tienen sustento técnico ni legal.
- Así, se colige que el Tribunal Arbitral no ha expresado ni justificado por qué considera que la segunda y tercera reformulación del Anteproyecto tienen el mismo quantum valorativo; es decir, no expresa ni especifica de manera clara, lógica y suficiente su decisión. Tal omisión revela la ausencia de motivación, pues si el Tribunal pretende establecer el monto de las dos últimas reformulaciones, está obligado a dar razones de hecho y de derecho que justifiquen el criterio arribado, como lo exige el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución. Precisa la Sala que el control de la motivación se ha hecho con base en el texto del mismo laudo conforme se ha anotado, pretendiendo dar un cumplimiento formal a la decisión como lo prevé el Tribunal Constitucional en la

sentencia emitida en el expediente 4215-2010-PA/TC, motivo por el cual deberá declararse la nulidad del Laudo Arbitral respecto a este extremo.

- Por las consideraciones glosadas, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 200 del Código Procesal Civil, se declara fundado en parte el recurso de anulación del laudo arbitral interpuesto por el Gobierno Regional de Moquegua, sustentado en la causal b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Así, se declara inválido el cuarto punto resolutivo del Laudo Arbitral recaído en la resolución 88, de fecha 7 de febrero de 2018, en el extremo que se reconoce el pago de S/ 1 176 000 00 por las tres reformulaciones del Anteproyecto Arquitectónico; debiendo el Tribunal Arbitral proceder conforme a lo establecido en el inciso b) del numeral 1 del artículo 65 del decreto legislativo 1071.

De la lectura de este extremo de la sentencia, se tiene que la Sala hace referencia a la inexistencia de motivación. Más adelante veremos en qué consiste esta figura, pero sí debemos mostrar nuestra conformidad con esta argumentación, pues se aprecia que no existe, pues, motivación alguna. Es decir, no estamos ante alguna figura relacionada a una motivación insuficiente o indebida, ni mucho menos ilógica, sino que simplemente no hay motivación. Ese hecho es reconducido por la Sala y lleva a afirmar que al no existir motivación se vulnera de manera clara el derecho a la defensa, pues la motivación es parte de dicha garantía constitucional, razón por la cual proceden a declarar la nulidad del laudo en relación a esa pretensión.

4.1.2. Caso 2: motivación insuficiente (expediente 00145-2018-0-1817-SP-CO-01)

Se trata de un recurso de anulación del laudo arbitral interpuesto por el Ministerio de Agricultura y Riego en el proceso arbitral que siguió con Compact Maquinarias S.A.C.

Las causales invocadas fueron la contenida en el literal b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, y la que se encuentra en la Duodécima Disposición Complementaria del mismo cuerpo normativo.

En este caso se invoca una motivación insuficiente, debido a que el Árbitro Único no analiza todos los medios probatorios presentados en el proceso para poder advertir que la solicitud de arbitraje fue iniciada extemporáneamente, además de no fundamentar por qué considera que no se ha dado la conformidad del servicio, a efectos de iniciar el cómputo del plazo de caducidad.

Teniendo en cuenta lo señalado, un resumen del razonamiento utilizado para declarar la nulidad del laudo se puede esquematizar de la siguiente manera:

- El recurso de anulación de laudo arbitral se encuentra sustentado en la causal contenida en el inciso b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, es decir, 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. Asimismo, la parte recurrente plantea como causales de anulación de laudo arbitral «la desestimación de la excepción de caducidad» prevista en el artículo 41.4 de la Ley General de Arbitraje, así como la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje.
- La Sala Superior Comercial considera conveniente precisar que «la desestimación de la excepción de caducidad» a que se refiere la recurrente como causal de anulación de laudo, debe ser enmarcada en los supuestos que abarca la causal b), puesto que el laudo que declaró infundada la excepción de caducidad incurre (según afirma la parte recurrente) en motivación aparente y motivación insuficiente, y, de ser esto así, el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (arbitrales) queda delimitado para el presente caso en esos dos supuestos.
- En armonía con la regla 20 b) 3 del precedente 00142-2011-AA/TC, que precisa que cuando en un recurso de anulación se denuncia la vulneración de algún derecho constitucional, no se está planteando una nueva causal de anulación de laudo en función de la duodécima disposición complementaria del decreto legislativo 1071, sino que tal denuncia se debe encuadrar dentro de alguna de las causales del artículo 63 del decreto legislativo 1071, que a tenor de dicho precedente es el literal b) del inciso 1 del artículo 63.

- En cuanto a la causal b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, la parte recurrente formula las siguientes afectaciones:
 - (i) Motivación insuficiente: el Árbitro Único no analiza todos los medios probatorios presentados por la recurrente, a fin de poder advertir que la solicitud de arbitraje fue iniciada extemporáneamente, además de no fundamentar por qué considera que no se ha dado la conformidad del servicio a efectos de iniciar el plazo de caducidad;
 - (ii) Motivación aparente: el contenido del Considerando 109 del Laudo presenta un razonamiento vacío que no se condice con lo actuado en el proceso, ya que el árbitro único considera que al haberse remitido comunicaciones entre las partes luego de haberse notificado la Carta 19-2016-ANAMGRH/CPL, de fecha 3 de mayo de 2016, las controversias continuaban y, por consiguiente, no podía empezar a computarse el plazo de caducidad.
- De la revisión del laudo arbitral materia de anulación, se tiene que del numeral IV denominado «De la Contestación a la demanda y excepción de caducidad» hacia adelante, el Árbitro recoge las posiciones de las partes intervinientes en el proceso arbitral, partiendo de mencionar los argumentos manifestados en la contestación de la demanda arbitral por parte del Ministerio de Agricultura y Riego (parte que deduce la excepción sub examine); la ampliación de la contestación de la demanda arbitral; y los escritos presentados por Compact Maquinarias S.A.C. respecto a la contestación de la demanda. A continuación, en el numeral VI denominado «Del Proceso Arbitral», el laudo se centra en la determinación de puntos controvertidos y en las audiencias que se llevaron a cabo durante el proceso arbitral. Seguidamente, el Árbitro Único, en el considerando 107 del numeral VII, pone en conocimiento las cuestiones preliminares del proceso arbitral, para luego sostener lo siguiente en el considerando 108:

108. De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

- Luego, en el considerando 109, el árbitro se pronuncia sobre la excepción de caducidad deducida por el Ministerio de Agricultura y Riego en el siguiente sentido:

109. Respecto a la excepción deducida por el demandado: Se aprecia que la recepción y conformidad del servicio no fue consentida por el contratista, toda vez que ésta no se ha dado de conformidad con la cláusula décima del contrato; siendo que hasta la emisión de la carta 2-2016-ANA-MGRHI de fecha 7 de junio de 2016, continuaban las controversias respecto a dicho procedimiento, razón por la cual a través de la carta 004-2016/CMSAC de fecha 23 de junio de 2016, notificada al emplazado el 24 de junio de 2016, solicitó el sometimiento al arbitraje de las controversias suscitadas. Por lo expuesto, al haberse formulado la solicitud de arbitraje dentro del plazo de ley, deviene en infundada la excepción de caducidad deducida.

- La Sala ha podido verificar, de la lectura de los considerandos 28 (recogido en el referido numeral IV) al 109, el análisis y decisión del árbitro respecto a la excepción de caducidad solo se concentra en este último considerando. En consecuencia, se procede a analizar si dicho considerando incurre en motivación aparente o en motivación insuficiente.
- Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones queda delimitado en diversos supuestos en los que no cabe estimar satisfecha la debida motivación, los cuales han sido claramente delimitados en la causa 00728-2008-HC/TC.
- De la revisión del expediente arbitral, se tiene que el considerando 109, el cual contiene la decisión de declarar infundada la excepción de caducidad planteada por el Ministerio de Agricultura y Riego, es una cita textual casi íntegra del fundamento número 6 del escrito de «absolución al traslado de la excepción de caducidad deducida y de la tacha formulada» presentada por Compact Maquinarias S.A.C. A mayor abundamiento, el numeral puesto en evidencia a través de la revisión del expediente arbitral, también fue incorporado en el laudo materia de impugnación en el considerando 95.
- De lo expuesto, se tiene que de la lectura del fundamento 6 del escrito de absolución presentado por Compact Maquinarias S.A.C. en el

proceso arbitral, y de los considerandos 95 y 109 del laudo arbitral, la Sala Comercial concluye que el argumento del Árbitro para decidir declarar infundada la excepción de caducidad deducida, es el mismo argumento que defiende Compact Maquinarias S.A.C. Asimismo, no se advierte del considerando sub examine contenido en el laudo, valoración ni análisis de las posiciones de ambas partes, ni tampoco de los medios probatorios ofrecidos que hayan podido generar convicción en la decisión del árbitro, limitándose a citar textualmente lo expuesto por la parte emplazada al absolver la excepción de caducidad deducida por la entidad.

- La cabal motivación del laudo como manifestación del debido proceso, supone dar respuesta razonada, suficiente y explícita a lo que las partes sostengan en la defensa de sus posiciones. No se satisface el estándar constitucional de la motivación cuando el extremo del laudo que declara infundada la excepción de caducidad solo toma como único argumento lo transcrito por la parte emplazada en un fundamento de su escrito de absolución, sin explicar las razones del por qué lo adopta como sustento.

Por lo tanto, al haber incurrido el laudo arbitral en motivación aparente, el recurso de anulación por la causal b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje debe ampararse, careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre las otras pretensiones resueltas en el laudo arbitral. En consecuencia, se declara nulo el laudo arbitral contenido en la resolución 22 de fecha 19 de octubre de 2017; y se reenvió la causa al Tribunal Arbitral para que emita un nuevo pronunciamiento.

Como se puede apreciar, el concepto que en esta sentencia se desarrolla es el de motivación aparente.

Téngase en cuenta que todos estos conceptos han sido desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y sirven de base prácticamente para todos los análisis que las Salas Comerciales realizan cuando se encuentran frente a un caso de anulación de laudo basado en la motivación.

4.1.3. Caso 3: motivación aparente y deficiente (expediente 10-2018)

Mediante resolución de fecha 16 de octubre de 2018, se resuelve un recurso en el que el Programa Nacional de Infraestructura Educativa (PRONIED), solicita la anulación de laudo arbitral, a fin de que el órgano jurisdiccional anule el laudo de fecha 27 de septiembre de 2017.

La parte impugnante señala que el citado laudo arbitral y la resolución post laudo, incurrir en la causal de anulación sancionada en el literal b), del numeral 1) del artículo 63 del decreto legislativo 1071, pues no han sido debidamente motivadas, y afectan con ello el derecho al debido proceso al haber incidido en los siguientes vicios de motivación: (i) Motivación aparente: al señalarse en el numeral 76 del laudo arbitral, en modo condicional, más no afirmativo y categórico, que la causal específica a la que aludiría el contratista sería la recogida en el octavo párrafo del artículo 207 del reglamento; (ii) Deficiente motivación externa: la resolución número 19, en su página 11, prevé que la causal regulada en el numeral 8 del artículo 207 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado se desprende del acápite 3.0 de la Memoria Descriptiva de ampliación de plazo 6 (Anexo 6.11 de la demanda); sin embargo, esta no fue sustentada por el contratista, es decir, el árbitro a subsanado dicha omisión; (iii) Deficiente motivación interna: ante el pedido de interpretación formulado por el PRONIED, en torno a la posición del árbitro respecto a la culminación del expediente técnico del adicional de obra; es decir, el árbitro no ha acreditado la culminación del expediente técnico y el supuesto previsto en el artículo 207 del RLCE no versa sobre culminación, sino sobre la demora de la emisión y notificación de la resolución sobre la procedencia del adicional, de tal manera que existe una invalidez en la inferencia realizada por el árbitro único.

El segundo extremo de la demanda de anulación recoge otros dos supuestos: (i) Deficiente motivación externa: a pesar de que vía interpretación se solicitó al árbitro que precise cada variable y los valores asignados para determinar los mayores gastos generales producto de la procedencia de la solicitud de ampliación de plazo parcial 6, teniendo en cuenta que la parte contraria no ha demostrado documentalmente la fuente de información para efectuar dicho cálculo, en el numeral 92 y 93 de la resolución 19 indicó que dicho monto es de dominio y/o conocimiento público de ambas partes y que no se requiere actuación probatoria de hechos alegados por las partes cuya prueba consta en

los archivos de la Entidad, más no en el expediente arbitral; (ii) Motivación insuficiente y deficiente motivación interna: al momento de resolver sobre la determinación del mes de la causal para asignar el índice unificado 39, el árbitro, en la resolución 19, señaló que resulta válido adoptar el índice unificado de cualquiera de los meses durante los cuales se venga produciendo dicha causal abierta y se consideró en el laudo arbitral el mes de diciembre de 2015, toda vez que durante el mismo continuaba produciéndose la causal abierta de ampliación de plazo.

Asimismo, se precisa que las resoluciones materia de anulación se encuentran inmersas en el literal c), del numeral 1) del artículo 63 del decreto legislativo 1071, al haberse contravenido el acuerdo de las partes, contenido en el Acta de Instalación del Árbitro Único. Se afecta el derecho al debido proceso, toda vez que, se exigía que las partes debían presentar los medios probatorios necesarios para acreditar sus pretensiones y no que el Árbitro usaría información de conocimiento público, en virtud del principio reconocido en el artículo 174 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444.

Teniendo en cuenta este petitorio, a continuación reproduzco los extremos más importantes del razonamiento que realizó la Sala Comercial en su sentencia:

- Recurso de anulación de laudo constituye un recurso extraordinario que se interpone ante el órgano jurisdiccional, cuyo objeto no es el de revisar el contenido del laudo, en cuanto al fondo del asunto materia de controversia, expedido por los árbitros, sino controlar que estos hayan dado cumplimiento a determinadas exigencias que la ley ha considerado indispensables para el buen funcionamiento del arbitraje. Esta idea recoge el principio de la irrevisabilidad del criterio arbitral por parte de la jurisdicción judicial ordinaria.
- Tratándose de la invocación de la afectación de derechos constitucionales, como el debido proceso, tutela jurisdiccional, motivación de las resoluciones judiciales, etc., la duodécima disposición complementaria del decreto legislativo 1071 preceptúa que: «Para los 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». Por su

parte, el Tribunal Constitucional, en la STC 6176-2005-PHC/TC, ha manifestado que: «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»; y, en la STC 142-2011-PA/TC, en concordancia con lo glosado precedentemente, indica que: «ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona».

- En suma, al interior del recurso de anulación de laudo arbitral también cabe exponer la afectación de derechos constitucionales en sede arbitral sobre los que la jurisdicción ordinaria debe emitir pronunciamiento, ya sea amparándola o desestimándola. En el caso puntual de la motivación, tratándose del arbitraje de derecho, el artículo 56.1 del decreto legislativo 1071 exige que el contenido del laudo deba ser motivado, salvo pacto distinto de las partes. En ese orden de ideas, estando a que el recurso de anulación de laudo arbitral deducido por el PRONIED se centra, básicamente, en invocar el quebrantamiento del derecho constitucional de la motivación de la decisión arbitral, corresponde emitir pronunciamiento en torno a ello.
- El inciso 5) del artículo 139 de la Constitución prevé que: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias». Asimismo, el inciso 1) del artículo 56 de la Ley de Arbitraje, dispone que: «Todo laudo debe ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto [...]». Como ya se indicó, en tanto función jurisdiccional, el arbitraje no se encuentra exceptuado de observar los principios

y derechos de la función jurisdiccional y entre ellos se encuentra la motivación de la resolución que pone fin a la controversia arbitral, contenida, generalmente, en el laudo arbitral.

- Ahora bien, cabe precisar que, sobre el supuesto de motivación aparente, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 728-2008-PHC/TC, ha señalado:

[...] no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

Siendo ello así, «[...] supone que dichas premisas materia del razonamiento se encuentren explicitadas, y no se compongan de enunciados vagos, inespecíficos e irrelevantes». Estando a lo citado, es conveniente traer a colación los numerales 71, 76 y 77 del Laudo materia de anulación que disponen:

71. En tal sentido el análisis de la procedencia de la Ampliación de Plazo 6 consistirá en determinar i) si la ampliación se ampara en alguna de las premisas de las causales previstas en la normativa de contrataciones pública y, de ser así, ii) si el contratista cumplió con los requisitos y procedimiento establecido en el Reglamento. i) Respecto a la Ampliación de Plazo (...).

76. En ese sentido, y tal como fuera analizado en las páginas anteriores, la causal específica a la que aludiría el contratista sería la recogida en el octavo párrafo del artículo 207 del Reglamento, según la cual la demora en la aprobación del adicional de obra puede ser causal de ampliación de plazo.

77. Pero, además, como también vimos en páginas anteriores, la causal de ampliación de plazo prevista en el octavo párrafo del artículo 207 del Reglamento, constituye una causal específica derivada de la causal general recogida en el numeral 2 del artículo 200 del Reglamento, en la medida que se trataría de atrasos y/o paralizaciones atribuibles a la Entidad.

- De los mencionados fundamentos del laudo arbitral, se advierte que la conclusión a la que arriba el árbitro, con relación a que la ampliación del plazo se encuentra subsumida en la causal prevista en el octavo párrafo del artículo 207 del Reglamento de la normativa de Contrataciones con el Estado, lo hace utilizando verbos en forma

condicional, es decir se refiere a acciones hipotéticas o probables, lo que implica la utilización de enunciados inespecíficos y la carencia de certeza, por lo tanto, se ha incurrido en una motivación aparente.

- Por otro lado, correspondía al árbitro resolver con los medios probatorios ofrecidos por las partes y admitidos en el proceso, así como verificar que la suma de dinero requerida por la contratista VVO Construcciones y Proyectos S.A. por gastos generales se encuentren debidamente acreditados, a efectos de conceder dicho monto. Sin embargo, lo que se advierte es que el mencionado extremo ha sido resuelto con información de público conocimiento, como señala el propio árbitro en la resolución post laudo, no observándose que el razonamiento esbozado se encuentre debidamente sustentado con pruebas actuadas en el proceso, por lo que corresponde estimar el pedido de nulidad.
- El vicio alegado consistente en deficiencia de motivación interna y el supuesto de motivación insuficiente ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 728-2008-PHC/TC y, en ese sentido, se incurrirá en dicho vicio de motivación «[...] en aquellos casos en los que existe una ausencia parcial de motivación; eso sí, la ausencia debe ser sobre un punto que es esencial para la controversia que se está resolviendo» Siendo ello así, a fin de no incurrir en la mencionada situación, «[...] la motivación deberá contener la justificación exhaustiva de todas las cuestiones de hecho y de Derecho que constituyen el objeto de la decisión arbitral» Teniendo en cuenta lo señalado, se tiene que, el árbitro, sin fundamentar las cuestiones de hecho y de derecho, esto es, sin precisar el fundamento normativo por el cual ha concluido la aplicación del mes de diciembre de 2015, a efectos de determinar el índice unificado 39 y únicamente manifestando como sustento de hecho la continuación de la causal abierta de ampliación de plazo, concluye su aplicación incurriendo en motivación insuficiente.
- Finalmente, con relación a la causal c) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, cabe precisar que en el numeral 8 del Acta de Instalación, en torno al acápite denominado reglas procesales aplicables, las partes pactaron:

8. Para el proceso arbitral, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el decreto legislativo 1017 y modificada por la ley 29873, su reglamento, aprobado por el decreto supremo 184-2008-EF y modificado por el decreto supremo 138-2012-EF, y las directivas que haya aprobado el OSCE. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el decreto legislativo 1071, que norma el Arbitraje.

- Siendo ello así, correspondía al árbitro aplicar dichas reglas procesales, estando en el primer orden de prelación las establecidas por las partes, por lo que corresponde aplicar lo previsto en el numeral 28 de la mencionada Acta de Instalación, que al pie de la letra señala:

25. El Árbitro Único otorga a la parte demandante un plazo de 15 día hábiles para la presentación de la demanda, debiendo ofrecer los medios probatorios que respalden las pretensiones planteadas [...].

- Se concluye que el presente proceso se rige por el principio de la carga de la prueba, consistente en que quien alega algo debe probarlo; sin embargo, el Árbitro opta por aplicar el artículo 174 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, norma de derecho público, que si bien es aplicable al caso, en virtud a lo previsto por las partes en el numeral 6 del Acta de Instalación, lo es únicamente para resolver el fondo de la controversia, pero no como norma procesal. Por ello, se observa que la actuación arbitral no se ajusta a lo acordado por las partes, debiendo estimarse el argumento de nulidad.
- Lo indicado, se declara fundado en parte el recurso de anulación de laudo arbitral y la resolución post laudo, signada con el número 19, de fecha 29 de noviembre de 2018, por haber incurrido en las causales b) y c) previstas en el numeral primero del artículo 63 del decreto legislativo 1071. Por ello, se ordena al Árbitro Único expedir nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta las consideraciones anotadas.

Como se observa, en este caso las causales invocadas son las mismas que en los dos casos anteriores, con la excepción de que se desarrolla una causal recurriendo al literal c) del inciso 1 del artículo 63 que en el siguiente acápite desarrollaremos.

4.2. Las causales de anulación del laudo arbitral desarrolladas por la Sala Comercial

4.2.1. *El punto de partida: la STC recaída en el expediente 00728-2008-PHC-TC*

Cuando se habla de la motivación como causal para declarar nulo un laudo, se aprecia que en la práctica las sentencias emitidas por las Salas Comerciales no dejan de lado, casi nunca, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00728-2008-PHC-TC.

En ese sentido, antes de comentar las aparentes causales contenidas en la Ley de Arbitraje, vamos a resumir las definiciones que el Tribunal Constitucional ha esbozado en esa sentencia, las mismas que catalogan diversos tipos de motivación:

- Inexistencia de motivación o motivación aparente: está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- Falta de motivación interna del razonamiento: la falta de motivación interna del razonamiento —defectos internos de la motivación— se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas: el control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el juez no han

sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o tribunal en sus decisiones. Si un juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por «X», pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de «X» en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento enjuiciada por el juez constitucional por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento.

- La motivación insuficiente: se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la «insuficiencia» de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- La motivación sustancialmente incongruente: el derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en

nuestro texto fundamental (artículo 139, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas, pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

- Motivaciones cualificadas: resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión, como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del juez o tribunal.

Ahora bien, si se realiza un estudio del contenido de las sentencias judiciales que declaran la nulidad de laudos arbitrales, se podrá apreciar que prácticamente todas invocan algunos tipos de motivación desarrolladas por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia.

Se parte de la premisa de que la motivación, al ser parte del derecho de defensa, debe cumplir con los estándares mínimos que han sido desarrollados en reiterada jurisprudencia constitucional. De ahí que se afirme que al no existir motivación, o al ser esta aparente o insuficiente, se esté ante un caso de violación del derecho de defensa y una adecuada motivación, razón por la cual la tutela estatal deberá actuar y frenar esa vulneración al derecho constitucional.

Este razonamiento ha sido el que se utiliza para proceder a declarar laudos nulos y en el siguiente punto desarrollaremos las normas contenidas en la Ley de Arbitraje que sirven de fundamento legal.

4.2.2. El desarrollo: las «causales de anulación» contenidas en la Ley de Arbitraje

En los tres casos que he citado se observa que es recurrente la invocación del literal b) del inciso 1 del artículo 63. Veamos qué dice dicha norma:

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[...]

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

[...]

Una interpretación (recurrente, desde mi punto de vista) que se otorga a esta norma como supuesto de hecho para declarar la nulidad, es que la frase «hacer valer sus derechos» importa que estemos ante la institución del derecho de defensa, la misma que, a su turno, engloba una serie de derechos que tienen una relación directa con ella y la alimentan.

Así, se puede hablar, por ejemplo, del derecho a un debido proceso y del derecho que todo justiciable posee de que todas las resoluciones judiciales (concepto en el que se incluye a las resoluciones emitidas en procesos arbitrales) deban encontrarse debidamente motivadas, entre otros.

Es por dicha entrada que se llega a afirmar, en muchos casos, que el literal b) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje constituye la base normativa sobre la cual se llega a declarar la nulidad del laudo. Es claro que ese resultado se da luego de una interpretación que hace el juez ordinario, pues resulta claro que no existe una causal de anulación del laudo arbitral regulada de manera expresa que tenga a la motivación como fase fáctica.

Sin embargo, esta aparente causal no se aplica en todos los casos de manera aislada, sino que en algunas sentencias emitidas por el Poder Judicial peruano se aprecia la invocación que los recurrentes hacen a la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, la misma que establece que:

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.

Como se observa, esta norma sirve de soporte en la argumentación que utilizan los jueces al momento de evaluar la procedencia, o no, de los recursos de anulación, ya que con ella se afirma que el recurso de anulación de laudo arbitral, fuera de las causales taxativamente reguladas por ley, también constituye una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado y uno de esos derechos podría ser el que todo ciudadano posee de que las resoluciones que lo afectan se encuentren motivadas.

En este punto resulta importante cuestionar la coherencia de las normas precitadas —me refiero a la contenida en el literal b) del inciso 1 del artículo 63 y la que se encuentra en la duodécima disposición complementaria— ya que la teoría general de la anulación del laudo arbitral obedece a una construcción que tiene como base fundante la de tener causales que solo se refieren a aspectos formales y ello se encuentra relacionado al principio general que reza que en ningún caso el juez ordinario pueden entrar a analizar el fondo de lo resuelto por el árbitro.

Sin embargo, una lectura distinta de todo este esquema ha logrado romper la premisa general de no intervención en el fondo, invocando para ello el respeto a principios constitucionales que deben protegerse.

Teniendo en cuenta este escenario, me permito señalar que todo este problema que afecta al arbitraje tiene origen en que el diseño constitucional es erróneo al darle la categoría de jurisdicción a este mecanismo de solución de controversias.

En efecto, me queda claro que el constituyente quería, en su momento, blindar al arbitraje y darle mayor importancia incluyéndolo en la Constitución Política de 1993, pero me temo que a la larga lo que se ha logrado es debilitarlo y confundir su naturaleza jurídica con la de un proceso ordinario. Uno de los más claros ejemplos que refleja este debilitamiento es que ahora los jueces ordinarios analizan el fondo de lo resuelto por los árbitros y declaran nulos algunos laudos invocando el concepto de la motivación.

En este escenario, una posibilidad de darle al arbitraje mayores recaudos para su correcto y adecuado desarrollo en el país pasaría por modificar la Constitución y hacer que el arbitraje ya no tenga la etiqueta de jurisdicción. Si ello ocurre, la institución arbitral retornará a la cuna de la que no debió salir, y se entenderá que tiene una naturaleza jurídica autónoma e independiente

(dejando así de lado las tesis contractualistas o jurisdiccionalistas que diversos autores han desarrollado para explicar su génesis).

Así las cosas, solo en ese momento, quienes invocan el respeto por los principios constitucionales, no podrán declarar nulos laudos arbitrales porque la motivación no sería un principio que cumplir, ya que estaremos no ante resoluciones, sino ante órdenes emitidas por un tribunal arbitral que tienen una naturaleza distinta.

Sin perjuicio de lo señalado, me parece importante mencionar otra interpretación que se podría esbozar para que se declare la nulidad de un laudo invocando el concepto de motivación.

Ella parte por tener en cuenta lo señalado por el literal c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, que establece:

Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[...]

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.

[...].

Lo relevante es que de esta norma se extrae la siguiente afirmación: «El laudo será anulado cuando se alegue y pruebe que las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido por la Ley de Arbitraje».

En este punto resulta importante citar lo que dice el inciso 1 del artículo 56 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 56.- Contenido del laudo

1. Todo laudo deberá 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. Constarán en 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.

[...].

Hasta aquí se podría afirmar que si el laudo arbitral no se encuentra motivado, entonces estaremos ante un supuesto que contraviene lo establecido por la ley de manera tal que corresponde declarar la nulidad del laudo, ya que este, al ser parte de todas las actuaciones arbitrales, debe respetar lo que ley exige.

Sin embargo, me queda claro que para hacer este análisis y tener una interpretación como la que sostengo, necesariamente se tiene que entrar a analizar el fondo de la controversia, y ese hecho se encuentra expresamente prohibido por la propia Ley de Arbitraje. En efecto, reza el artículo 26, inciso 2, lo siguiente:

Artículo 62.- Recurso de anulación

[...]

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Como se puede apreciar, existen contradicciones normativas que originan lecturas que llevan a casos de anulación de laudos.

Así las cosas, mi opinión sobre este fenómeno que está causando gran perjuicio a la institución arbitral pasa por las siguientes ideas:

- El reconocimiento constitucional que otorga la calidad de jurisdicción al arbitraje es innegable. Sin embargo, ese reconocimiento, en el estado actual de las cosas, trae más perjuicios que beneficios a la institución arbitral.
- Si partimos de esa premisa (que el arbitraje es jurisdicción), es claro que le son aplicables todos los principios y garantías constitucionales contenidas en el artículo 139, incluidos el de la motivación de las resoluciones, el respeto del derecho de defensa y la observancia de un debido proceso.
- La norma contenida en la Ley de Arbitraje establece que todo laudo debe ser motivado, salvo pacto distinto. Esa salvedad sería inconstitucional, pues las partes no pueden disponer de un derecho

como el de la motivación de las resoluciones arbitrales. Así, al existir la obligación de la motivación en la Ley de Arbitraje, se sigue la línea trazada por la Constitución consistente en que debe existir un derecho a la motivación. Cabe anotar que en caso las partes pacten que el laudo no debe tener motivación, es posible que el propio tribunal arbitral aplique un control difuso a ese pacto (tal como ocurre en el ámbito de los arbitrajes laborales, en donde la aplicación del control difuso es recurrente), declarando que el derecho a una motivación de las resoluciones judiciales (y arbitrales, en este caso), siempre debe ser respetado.

- El recurso de anulación del laudo arbitral tiene causales expresamente señaladas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Dichas causales tienen (o deberían tener) la naturaleza de ser meramente formales.
- Un porcentaje importante de los recursos de anulación de laudos invoca la vulneración del derecho a una motivación del laudo arbitral. Ante ese escenario, los jueces ordinarios toman como base la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00728-2008-PHC-TC. Ese constituye el punto de partida para entrar a analizar lo solicitado por los recurrentes.
- En todos estos casos es innegable que se entra a analizar el fondo de lo resuelto por los árbitros. No existe forma materialmente viable de que un juez ordinario no entre a analizar el fondo cuando se le presenta una anulación de laudo invocando la figura de la motivación.
- Los jueces ordinarios, basándose en el catálogo esbozado por el Tribunal Constitucional que desarrolla diversos tipos de motivación, eligen uno o varios de esos supuestos para declarar fundados los recursos de anulación que se les plantea.
- En mi opinión, el único supuesto que debería llevar a la anulación del laudo, es aquel en el que no exista motivación alguna; es decir, estar ante un laudo que refleje una falta o inexistencia de motivación. Ello, debido a que solo en ese caso se estaría transgrediendo de manera clara y directa el derecho que tiene el recurrente de estar ante una resolución (laudo) motivada que cumpla con los estándares constitucionales y legales (Ley de Arbitraje) vigentes. Además, en este caso no se entra *strictu sensu* a vulnerar el fondo de la controversia (es decir, la manera cómo ha desarrollado, analizado y resuelto el

árbitro la controversia), ya que precisamente no hay nada que analizar porque no hay motivación. Entiendo que cuando la norma arbitral hace referencia al fondo de la controversia, se refiere al razonamiento e ideas que el árbitro ha plasmado en su laudo, a efectos de resolver la litis. Así, es ese razonamiento el que protege la legislación arbitral y lo blindo. Sin embargo, en los casos de ausencia de motivación no existe razonamiento alguno, por ende, no hay nada que proteger y la anulación servirá, en ese único caso, para exigirle al árbitro que motive y, de esa forma, se respete el derecho del recurrente.

- Todas las demás categorías de motivación desarrolladas por el Tribunal Constitucional (la falta de motivación interna del razonamiento, las deficiencias en la motivación externa y justificación de las premisas, la motivación insuficiente, la motivación sustancialmente incongruente y las motivaciones cualificadas) sí entrar a analizar el razonamiento, esto es, el fondo de lo resuelto por el árbitro. Por ello, soy de la opinión de que no deben servir como supuestos para fundamentar y argumentar nulidades de laudos arbitrales. La transgresión de la norma arbitral es, en todos estos casos, evidente.

Teniendo en cuenta lo indicado, me parece oportuno diferenciar los casos en donde no hay motivación de aquellos en los que sí la hay. Los primeros deben ser corregidos y el recurso de anulación de laudo es una vía para tutelar ese derecho, pero los segundos ya entran de manera clara en un escenario cautelado de manera expresa por la Ley de Arbitraje, y es que en ellos sí existe un razonamiento y, al margen de que sea malo o insuficiente, el mismo debe ser respetado por los jueces ordinarios. De lo contrario, estarían cayendo en un supuesto que la Ley de Arbitraje prohíbe de manera expresa.

4.2.3. El punto de llegada: la anulación del laudo

Con todo, luego de anulado el laudo, el juez ordinario reenvía dicha resolución al tribunal arbitral para que se pronuncie nuevamente y subsane los errores en los que incurrió.

En este punto resulta importante fijar la atención en ese reenvío y es que ¿acaso con él no se le está diciendo al árbitro cómo tiene que ejercer su función? ¿Estamos ante un caso de intromisión en el fondo de la controversia?

¿Dónde queda la independencia e imparcialidad del árbitro en el ejercicio de sus funciones? ¿Las jurisdicciones no son autónomas e independientes?

Los casos que he citado son la prueba real de que es falsa la idea que se tiene de que los jueces ordinarios no pueden entrar a analizar el fondo de lo resuelto por el tribunal arbitral. Es una realidad innegable que afecta sobremanera la institución arbitral, pues con ello, en el fondo, estamos ante una especie de segunda instancia y se han creado nuevas causales de anulación de laudos.

En ese sentido, me queda la sensación de que los tribunales arbitrales no son, en realidad, plenamente autónomos ni independientes, ya que en muchos casos estarán sometidos a la ulterior sentencia que emita un juez ordinario sobre el contenido del laudo que aquellos emitan. Sin embargo, también tengo claro que para evitar estas intromisiones se debe tener mucho cuidado con el nombramiento del árbitro, pues se debe estar ante una persona capaz, con los suficientes pergaminos personales, profesionales y académicos, para que cumpla una labor eficiente.

Al final, es el propio árbitro quien tiene que blindar su laudo y motivar de manera satisfactoria cada decisión que vaya a tomar y, de esa forma, se evitarán los casos en donde los jueces ordinarios declaran laudos nulos por aspectos relacionados a la motivación.

5. COMENTARIO FINAL

Teniendo en cuenta los acápites precedentes, debo señalar que es una realidad la existencia de una tendencia en el Poder Judicial peruano para amparar y declarar fundadas las demandas de anulación de laudo arbitral por causales relacionadas a la motivación.

Asimismo, me queda claro que la premisa de que el recurso de anulación no debe entrar a analizar el fondo de lo resuelto por el árbitro no se cumple ni es observada por los jueces ordinarios.

En este trabajo he citado tres casos resueltos en el año 2018 que demuestran de manera clara una tendencia judicial que opta por declarar la nulidad de laudos, invocando preceptos constitucionales, sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, así como algunas normas de la propia Ley de Arbitraje.

El panorama resulta preocupante, pues esta tendencia se mantiene e, incluso, se está normalizando, de tal suerte que en el Perú han sido los jueces quienes han creado nuevas causales de anulación de laudos arbitrales.

Este estado de la cuestión debe llevarnos a una reflexión, en el sentido de que resulta necesario quitarle la categoría de jurisdicción al arbitraje consagrada en la Constitución y tratarla atendiendo a su verdadera naturaleza autónoma en una norma infraconstitucional.

Con todo, lo mejor que se puede hacer es tener a un árbitro o tribunal que motive de manera adecuada las decisiones que toma, pues de esa forma se evitará que un juez ordinario pueda declarar nulo el laudo. Se trata, pues, de una medida que se tiene que tomar *ex ante*, a efectos de blindar el laudo arbitral.

LOS RECLAMOS DE EXPROPIACIÓN EN EL MARCO DEL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Miguel L. Colquicocha Martínez

1. INTRODUCCIÓN

Al momento de realizar una inversión en el extranjero, todo inversor presta especial atención al respeto que hay por la propiedad privada en el Estado donde piensa destinar recursos. Particularmente, lo que le preocupa es la preservación del valor económico de su inversión durante el período proyectado de esa inversión como un todo, porque de ello dependerán los retornos que esperará obtener. Dicha preocupación es genuina, ya que en el último siglo, abundaron los casos de expropiaciones y nacionalizaciones de las propiedades de los extranjeros alrededor del mundo.

Tenemos al Estado que tiene la potestad soberana de regular dentro de sus territorios y, que a consecuencia de ello, podría afectar eventualmente los derechos de propiedad de la población. Partiendo del supuesto de que el Estado regula en pos de maximizar el bienestar de la sociedad, estas regulaciones podrían implicar intencionadamente o no la afectación del valor de la propiedad, siendo la expropiación la forma más severa de interferencia en el derecho de propiedad (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 98).

En el ámbito del derecho internacional, la preocupación por el respeto al derecho de propiedad, ha mostrado un gran avance y evolución. Sin embargo, los reclamos por expropiaciones en los arbitrajes Inversionista-Estado siguen siendo recurrentes¹.

¹ Basta ver los últimos laudos dictados dentro del ámbito del CIADI. Durante lo que va del año 2018, pueden encontrarse reclamos de expropiación dentro de los casos: a) Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. c. Republic of Croatia (Caso CIADI ARB/12/39). Laudo del 25 de julio de 2018. b) A11Y y LTD. c. Czech Republic (Caso CIADI UNCT/15/1). Laudo del 29 de unio

La expropiación no es *per se* ilegal bajo el derecho internacional. Siempre estuvo fuera de discusión que el Estado tiene el poder y el derecho de expropiar la propiedad de sus nacionales y de los extranjeros (Schreuer, 2005, p. 2). Sin embargo, el Estado también tiene la obligación de respetar y garantizar el disfrute de la propiedad privada de los nacionales y extranjeros. Es por ello que bajo el derecho internacional, el derecho de expropiar de los Estados está sujeto a ciertas limitaciones.

En la actualidad, no son comunes los casos de expropiación directa donde existe una transferencia formal del título de propiedad o un despojo físico de la inversión por parte del Estado. Los casos más recurrentes y que generan los mayores debates son los que giran alrededor de reclamaciones de expropiación indirecta o de facto².

Si bien el concepto y los límites de lo que se entiende por expropiación indirecta no es un tema cerrado (Hoffmann, 2008, p. 166), como una primera aproximación para el lector, se puede decir que se hace referencia a aquellas situaciones en la que el Estado realiza actos u omisiones, o una serie de ellos, que afectan el derecho de propiedad de una persona, no existiendo transferencia del título de propiedad (Páez, 2006, p. 5). Es decir, la persona afectada conserva el título de propiedad.

Asimismo, durante la última década parecerían haber operado algunos cambios dentro de las concepciones predominantes acerca del derecho de la expropiación. La línea divisoria entre la existencia de expropiación indirecta y una medida estatal regulatoria no compensable, sugiere que desde una postura más favorable al inversionista extranjero y al reconocimiento y respeto de sus derechos de propiedad³, la tendencia se fue equilibrando hacia el mayor reconocimiento de las potestades reguladoras de los Estados (Dani & Akhtar-Khavari, 2015, p. 21).

de 2018. c) ACP Axos Capital GmbH c. Republic of Kosovo (Caso CIADI ARB/15/22). Laudo del 3 de mayo de 2018. En este último caso, el tribunal se declaró incompetente, pero dentro de las reclamaciones del inversionista se encontraba la de expropiación. <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ViewRecentUpdates.aspx?view=RECPUBLISHED>>

² Ver Hoffmann, A.K. (2008; p. 151). También Schreuer, Ch. (2005, p. 1) <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=596>. Dugan Ch. F.; Wallace, D.Jr.; Rubins & B. Sabahi (2008; p. 429-490). Yannaca-Small, C. (2005, p. 43). <<http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40077899.pdf>>

³ Ver Gazzini, T. (2010, p. 36-51).

Finalmente, otro de los temas que han generado un gran debate en los últimos tiempos es el de la diferenciación entre la expropiación lícita e ilícita. Los tratados o acuerdos de inversión contienen provisiones que condicionan el derecho de los estados a expropiar las inversiones de los extranjeros a ciertos requisitos. Ello significa que para no incurrir en el incumplimiento de obligaciones internacionales, los Estados deben realizarlas bajo ciertas condiciones. Estas generalmente consisten en que debe hacerse de forma no discriminatoria, por razones de utilidad pública, mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y algunos tratados también agregan que debe realizarse de conformidad con el debido proceso⁴.

Como puede apreciarse, esta temática es de crucial importancia para los extranjeros. También lo es para aquellos estados que intentan posicionarse como receptores de inversiones extranjeras, y suscriben con otros estados acuerdos de promoción y protección de inversiones o tratados de libre comercio que incluyen capítulos relacionados con la temática. Al mismo tiempo, los Estados tienen la preocupación de saber hasta donde llegan los límites de sus potestades soberanas reguladoras al momento de buscar genuinamente mejorar el bienestar económico y social de sus poblaciones.

El presente trabajo, aborda las cuestiones antes mencionadas desde una perspectiva del análisis de casos, a través de los laudos dictados por los tribunales arbitrales internacionales. Sobre el final, se verán los cambios normativos que incorporaron los últimos acuerdos de inversión que marcan las tendencias sobre la materia.

2. LA IMPORTANCIA DE LOS RECLAMOS DE EXPROPIACIÓN EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Alrededor del 90% de los tratados o acuerdos de inversiones contienen provisiones relativas a la protección de las inversiones contra actos expropiatorios (Bonnitcha, Poulsen & Waibel, 2017, p. 93). Estas protegen el patrimonio del inversionista contra las expropiaciones directas e indirectas,

⁴ Artículo 8 del TBI Egipto-Canadá, artículo 6 del TBI Modelo de los Estados Unidos de América y el artículo 4 inc. 1 del TBI Argentina-Estados Unidos. Incluso ambos instrumentos agregan más requisitos que por una cuestión de practicidad se dejan de lado en el presente análisis. Ver UNCTAD, Taking of Property, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD/ITE/IIT/15, United Nations Publication, Sales E.00.II.D.4, 2000. <<https://unctad.org/en/docs/psiteiitd15.en.pdf>>

o contra medidas equivalentes, o contra medidas de efectos similares o que sean equivalentes a una expropiación⁵, que podrían llevarse a cabo por parte de los Estados anfitriones.

En un 45% de las reclamaciones, los inversionistas extranjeros protegidos por algún tratado o acuerdo de inversión, alegan que se les fue expropiada de manera indirecta su inversión, y en un 11%, que sufrieron casos de expropiación directa (Bonnitcha, Poulsen & Waibel, 2017, p. 94). Es decir que dentro del marco del arbitraje Inversionista-Estado, en más de la mitad de los reclamos de esta naturaleza, los tribunales tuvieron que determinar si el Estado había expropiado de alguna forma al inversionista extranjero fuera de lo permitido por los tratados de inversión respectivos, y en consecuencia debía compensarlo.

Ahora bien, dentro del total de reclamaciones por expropiaciones indirectas solo un 20% fueron resueltas en favor de los inversionistas. En el caso de las expropiaciones directas, la tasa de éxito aumenta al 42% (Bonnitcha, Poulsen y Waibel, 2017, p. 94). Es decir, que en uno de cada cinco planteos de expropiación indirecta, los tribunales arbitrales encontraron que esta efectivamente había operado.

Asimismo, si se compara con respecto a otros estándares de protección, las reclamaciones por expropiación indirecta ocupan el segundo lugar, tan solo cinco puntos por debajo de los reclamos de violación al estándar de trato justo y equitativo. Sin embargo, los reclamos de trato justo y equitativo muestran un nivel de éxito superior, ya que en el 36% de los casos, los tribunales encontraron que los Estados incumplieron con la obligación internacional de otorgarle al inversionista extranjero un trato justo y equitativo⁶.

La primera conclusión que puede extraerse es la importancia que tienen las reclamaciones por expropiación indirecta que dan lugar a compensaciones. Asimismo, una segunda apreciación que surge de los datos analizados, consiste en que es más factible atribuirle responsabilidad internacional a los

⁵ Artículo 4 inc. 1 del TBI Argentina-Estados Unidos, Artículo 5 inc. 1 del TBI Argentina-Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, artículo 5 del TBI Argentina-España, artículo 4 inc. 2 del TBI Argentina-Alemania, entre otros.

⁶ Los autores señalan que los reclamos por violaciones al estándar de Trato Justo y Equitativo representan el 50% del total, y el éxito de estas reclamaciones representa el 36% de los casos en los que se plantearon violaciones a dicho estándar. Ver Bonnitcha, J.; Skovgaard Poulsen, L. & M. Waibel (2017, p. 94).

Estados por violaciones del estándar de trato justo y equitativo, y no tanto por expropiaciones compensables. Ello es razonable, debido a que los casos de expropiación se enfocan en el resultado de las medidas estatales, a diferencia de los casos de trato justo y equitativo, que se enfocan en la forma mediante la cual se realizaron las mismas. Ello, sin perjuicio de que en ambos casos se reclama la compensación por los daños sufridos que derivaron de esas medidas, siendo la intensidad del daño ampliamente superior en los casos de expropiación.

Otra de las reflexiones que pueden extraerse, y que presenta una doble perspectiva, consiste en el análisis de la brecha entre los planteos y los casos de éxito. Por un lado, el porcentaje de casos exitosos respalda la posición doctrinaria mayoritaria y que han seguido los tribunales arbitrales, que sostiene que la verificación de casos en los que haya operado una expropiación indirecta son relativamente escasos (Hoffmann, 2008, p. 167). Desde el lado de los reclamos de expropiación planteados, puede apreciarse la gran amenaza y desafío que representa para los Estados a la hora de regular⁷.

3. ¿QUÉ TIPO DE DERECHOS ESTÁN PROTEGIDOS CONTRA LA EXPROPIACIÓN?

Dentro del abordaje tradicional sobre la temática, la idea de expropiación estuvo asociada a la idea de bienes tangibles, más concretamente, bienes inmuebles. Sin embargo, en el campo del derecho internacional, la noción de lo que se puede expropiar es más amplia (Higgins, 1982, p. 271). En este sentido, los bienes que pueden ser afectados no son solo los tangibles, sino que también se incluyen una gran variedad de activos intangibles de valor económico para el inversionista (Reinisch, 2008, p. 410).

Ello deviene de que en el ámbito de las inversiones, la función clave de la propiedad no es tanto la tangibilidad de las cosas, sino más bien la capacidad que tiene una combinación de derechos para obtener una tasa de retorno, dentro de un entorno empresarial y bajo un régimen regulatorio determinado (Wälde & Kolo, 2001, p. 835). Es así que los tribunales arbitrales que han analizado casos de expropiación han sido más favorables al entendimiento de los derechos de propiedad en términos amplios (Paulsson & Douglas, 2004, p. 152).

⁷ Ver Asteriti, A. (2014), pp. 451-473.

Concretamente, la protección de la propiedad de los inversionistas extranjeros abarca el conjunto de derechos sobre activos tangibles e intangibles que conforman la inversión (Reinisch 1, 2008, p. 410), y ello se ve reflejado en las definiciones del término inversión utilizadas en los tratados de protección de inversiones (Schreuer, 2005, p. 19). En otras palabras, bajo este escenario los términos «propiedad» e inversión deben ser entendidos como sinónimos. Basta con verificar que en la mayoría los TBIs y otros acuerdos de inversión ambos tipos de derechos se encuentran incluidos dentro de la categoría «inversión»⁸.

Desde principio del siglo XX, distintos tribunales internacionales confirmaron esta posición⁹, la cual hoy es seguida por los tribunales de arbitraje Inversionista-Estado. En el caso SPP c. Egipto se examinó si las medidas tomadas por el gobierno de Egipto habían afectado los derechos de construcción de hoteles del inversionista, a tal punto de pudiera considerárselos expropiados. En ese marco, el tribunal convalidó esta posición y aprovechó la oportunidad para hacer un repaso jurisprudencial en el tema, expresándose de la siguiente forma:

164. El tribunal tampoco puede aceptar el argumento de que el término 'expropiación' se aplica únicamente al *jus in rem*. La cancelación del proyecto por parte de la Demandada tuvo el efecto de despojar ciertos derechos e intereses importantes de los Demandantes. [...] Claramente, esos derechos e intereses eran de naturaleza contractual más que real. Sin embargo, existen considerables precedentes para sostener la tesis de que

⁸ A modo de ejemplo, el TBI Argentina-Francia en el artículo 1.1 define inversión de la siguiente forma:

«El término “inversiones” designa los activos tales como los bienes, derechos e intereses de cualquier naturaleza y, en particular, aunque no exclusivamente:

- a) los bienes muebles e inmuebles y todos los derechos reales como hipotecas, privilegios, usufructos, cauciones y derechos análogos;
- b) las acciones, primas de emisión y otras formas de participación, aún minoritarias o indirectas, en las sociedades constituidas en el territorio de una de las partes contratantes;
- c) las obligaciones, acreencias y derechos a toda prestación que tenga un valor económico;
- d) los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial (tales como las patentes de invención, licencias, marcas registradas, modelos y diseños industriales), procedimientos técnicos, los nombres registrados y la clientela;
- e) las concesiones acordadas por la ley o en virtud de un contrato, en particular las concesiones relativas a la prospección, el cultivo, la extracción o la explotación de recursos naturales, inclusive aquellas que se sitúan dentro de la zona marítima de las partes contratantes».

⁹ Ver Schreuer, Ch. (2005) <www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=596>

los derechos contractuales están protegidos por el derecho internacional y que el despojo de esos derechos implica la obligación de compensar.

165. Además, hace tiempo que se reconoce que los derechos contractuales pueden ser expropiados indirectamente. En la sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional sobre ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca, el tribunal dictaminó que, al tomar posesión de una fábrica, Polonia también había expropiado los derechos contractuales de la empresa operadora (PCIJ, serie A, 7, 1926, p. 44).

166. Las decisiones de los tribunales internacionales de Reclamaciones Irán-EE. UU han sido en el mismo sentido. Así, en el caso *Amoco Int'l Finance Corp v Irán* (15 CTR Irán-EE. UU., P. 189), el tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. Dijo:

La expropiación, que puede definirse como una transferencia obligatoria de derechos de propiedad, puede extenderse a cualquier derecho que pueda ser objeto de una transacción comercial [...] (párr. 108).

167. Y en el caso *Phillips Petroleum Co Irán v Irán* (21 Irán-Estados Unidos CTR, p. 79) el tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. sostuvo que la expropiación da lugar a la obligación de compensar si la expropiación es formal o de facto y si la propiedad es tangible, como bienes inmuebles o una fábrica, o intangible, como el Derechos contractuales involucrados en el presente caso (párr. 76)¹⁰.

Asimismo, en el caso *CME c. República Checa*, el demandante adujo que sus derechos contractuales habían sido expropiados a través de medidas tomadas por el Consejo de Medios, que era la entidad reguladora. Estas acciones habían permitido que los socios locales del inversionista cancelen los contratos existentes con este. El tribunal encontró que la pérdida de seguridad legal causada por las medidas del ente regulador, constituyeron una violación a la provisión de expropiación del TBI en cuestión, arribando a la conclusión de que los derechos contractuales del inversionista habían sido expropiados. En tal sentido, señaló que:

Es irrelevante la posición del Demandado consistente en que las acciones del Consejo de Medios no privaron al Demandante de su valor, dado que no hubo un despojo físico de la propiedad por parte del Estado ni sobre las licencias originales [...] que siempre ha mantenido intactas. Lo que fue afectado e incluso destruido fue la inversión del Demandante protegida

¹⁰ Traducción propia. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt*. Caso CIADI ARB/84/3. Laudo del 20 de mayo de 1992, párr. 164-167. <<https://www.italaw.com/cases/3300>>

por el Tratado. Lo que fue destruido fue el valor comercial de la inversión [...] por medio de la coerción ejercida por el Consejo de Medios [...]»¹¹.

Más recientemente, el tribunal del caso Urbaser c. Argentina en el análisis acerca de si había ocurrido una expropiación de la propiedad del extranjero sostuvo: «La naturaleza de esas medidas es la de privar al inversor de todos, o de una parte sustancial, de sus derechos, incluidos los bienes y derechos adquiridos contractualmente, que representan la inversión»¹².

4. EXPROPIACIÓN E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Luego de haber sido señalado que pueden ser expropiados los activos intangibles, entre ellos los derechos contractuales, y por qué en consecuencia están protegidos por el derecho internacional y en los tratados de inversión, corresponde discernir entre los reclamos de expropiación y los de incumplimiento contractual, para determinar luego si corresponde indemnizar bajo la óptica del Derecho internacional de las inversiones¹³.

El análisis de la cuestión no se enfoca en la naturaleza misma de los derechos contractuales, que como ya vimos están protegidos y pueden dar lugar a compensaciones si se los expropia. Lo que aquí importa es el carácter en el que actúa el Estado. En el cómo actúa dentro de esa relación causa-efecto, en la que el Estado afecta la inversión del extranjero.

El principio guía consiste en determinar si el Estado ha actuado dentro de sus capacidades soberanas, ejerciendo su autoridad o poder público soberano (Reinisch 1, 2008, p. 418). Por lo tanto, la diferencia entre un simple incumplimiento contractual y la expropiación de derechos contractuales depende de si el Estado actuó como parte comercial o como soberano (Schreuer, 2005, p. 25).

¹¹ Traducción propia. CME Czech Republic B. c. La República Checa. Arbitraje bajo las Reglas de la CNUDMI. Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001, párr. 591. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0178.pdf>>.

¹² Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. La República Argentina, Caso CIADI ARB/07/26. Laudo del 8 de diciembre de 2016, párr. 1000. <<https://www.italaw.com/cases/1144>>

¹³ Ello para diferenciar cualquier tipo de responsabilidad que le pueda ser atribuida al Estado a nivel local, según sus normas internas, o a nivel internacional pero por fuera del derecho internacional de las inversiones, por ejemplo en el ámbito del derecho comercial internacional si es que celebró un contrato que así lo disponga o en el ámbito de reclamaciones Estado-Estado que pudieran surgir ante la Organización Mundial del Comercio.

A la misma conclusión se llegó en el caso *Azurix c. Argentina*, donde se expresó lo siguiente:

El tribunal reconoce que los incumplimientos contractuales de un Estado parte o de uno de sus organismos normalmente no constituirían expropiación. Que uno o varios de dichos incumplimientos puedan considerarse medidas equivalentes a una expropiación dependerá de si el Estado o un organismo suya ha incumplido el contrato en el ejercicio de su autoridad soberana, o como parte en un contrato¹⁴.

En igual sentido, el tribunal arbitral del caso *Waste Management c. México*, tuvo la oportunidad de diferenciar entre ambas formas de actuación del Estado a la hora de determinar si era responsable internacionalmente, señalando que: «En opinión del tribunal, una empresa no es expropiada solo porque no se le pagan sus deudas o porque se violan otras obligaciones contractuales para con la misma. En el presente caso no hubo repudiación directa de la transacción [...]»¹⁵.

Además de haber diferenciado entre ambas formas de comportamiento, el mismo tribunal identificó tres posibles categorías de casos de expropiación. Estos son los siguientes:

En primer lugar y tal vez el más conocido es el grupo que comprende aquellos casos en los que una empresa en su totalidad ve rescindido o frustrado su contrato, porque su funcionamiento es detenido simplemente por decreto o acto del ejecutivo, hecho por lo general acompañado de alguna otra conducta¹⁶.

Dentro de la segunda categoría, el tribunal sostuvo que «[...] hay casos en los que se ha reconocido una confiscación de propiedad, por lo que se ven afectados los derechos contractuales asociados. En tales casos, el conjunto de derechos a ser compensados incluye todos los derechos contractuales y otros derechos incorpóreos asociados»¹⁷.

¹⁴ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Caso CIADI ARB/01/12. Laudo del 14 de julio de 2006, párr. 315. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0062.pdf>>

¹⁵ *Waste Management, Inc. c. United Mexican States (Number 2)*. Caso CIADI ARB(AF)/00/3. Laudo del 30 de abril de 2004, párr. 160. <<https://www.italaw.com/cases/documents/1161>>

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 172.

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 173.

Finalmente, señaló que en la tercer categoría se encuentra «[...] un grupo mucho más reducido de casos en los que el único derecho afectado es incorpóreo [...]»¹⁸. En definitiva, el criterio decisivo utilizado por el tribunal puede resumirse en el siguiente enunciado:

El mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco (a menos que esté acompañado por otros elementos) es equivalente a una expropiación. Cualquier parte de carácter privado puede incumplir sus contratos, mientras que la nacionalización y la expropiación son actos inherentemente gubernamentales [...].

5. EXPROPIACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

Al principio del texto se realizó una aproximación al fenómeno de la expropiación directa y la expropiación indirecta, en donde se dio una breve noción de cada una de ellas. Seguidamente se desarrollo qué se entiende por propiedad en el derecho internacional de las inversiones, abarcando todos los tipos de derechos tangibles e intangibles que componen la inversión. Esa propiedad, entendida en un sentido amplio, es la que puede estar sujeta a actos expropiatorios por parte del Estado.

Retomando entonces la cuestión de la expropiación directa e indirecta, cabe resaltar que bajo el derecho internacional consuetudinario como bajo diferentes tratados, la inversión del extranjero se encuentra protegida contra ambas (Reinisch, 2008, p. 421).

Como ya fue mencionado, casi todos los tratados de inversión contienen provisiones que se refieren en concreto a la expropiación y se dieron algunos ejemplos de cómo se regula este fenómeno en algunos de los TBIs en los que Argentina es parte¹⁹. A modo de ilustración, el TBI Argentina-Estados Unidos de América expresamente señala que: «Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización [...]»²⁰, salvo que se realice mediante el cumplimiento de algunas condiciones que ya fueran señaladas y que volverán a ser tratadas con mayor detalle más adelante.

¹⁸ *Ibíd.*, párr. 174.

¹⁹ Ver Punto 2, p. 3.

²⁰ Artículo 5.1. del TBI Argentina-EE.UU.

También se mencionó que los casos de expropiaciones directas eran muy comunes durante el siglo XX, pero que en la actualidad los casos que abundan son los de expropiación indirecta. Los primeros son relativamente raros en la actualidad, ya que la incautación abierta y deliberada de la propiedad de los extranjeros es considerada una medida tan drástica e imprudente que genera una publicidad desfavorable al Estado anfitrión y produce un efecto negativo sobre el clima de las inversiones (Schreuer, 2005, p. 3; Hoffmann, 2008, p. 151).

Por su parte, los casos de expropiación indirecta son los que se presentan en mayor medida, y a su vez, los que presentan mayores dificultades a la hora de su determinación. A pesar de que diferentes tribunales internacionales han reconocido desde hace ya casi un siglo casos de expropiación indirecta, no se ha podido arribar a un concepto claro sobre la misma. Si bien los tratados de inversión protegen contra esta, no la definen²¹.

Algunos intentos de definir la expropiación indirecta se focalizaron en las ideas de interferencia irrazonable con prevención del disfrute o la «privación de los derechos de propiedad (Reinisch 1, 2008, p. 422). Recientemente, la tendencia en los nuevos tratados de inversión parece haber tomado un rumbo más práctico, definiendo que situaciones no constituyen casos de expropiación que deban ser compensables²².

En términos generales, y tal como se verá a continuación, los tribunales arbitrales han delimitado el contenido del concepto de expropiación indirecta haciendo referencia al impacto económico de la medida sobre la inversión, a la imposibilidad del uso y goce de la inversión o del disfrute de los derechos de la inversión, y a la pérdida del control sobre la misma.

²¹ A modo de ejemplo, en el caso Tecmed c. México el tribunal señaló: «El Acuerdo no define al término “expropiación” ni establece cuáles serían las medidas, acciones o conducta que serían equivalentes a una expropiación o tendrían características similares a ésta. Si bien en un sentido formal la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación de facto [...]». Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI bajo el Mecanismo Complementario ARB (AF)/00/2. Laudo del 29 de mayo de 2003, párr. 113. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>>

²² Un ejemplo de ello puede encontrarse en los TBI Modelo de Estados Unidos de América de los años 2004 y 2012 en el Anexo B, párr. 4.

5.1. Definiciones de expropiación indirecta adoptadas por los tribunales arbitrales

Esta falta de definición del concepto de expropiación indirecta, que es tan dinámico como el concepto de inversión, por la naturaleza misma del fenómeno, tuvo que ser sorteada por los tribunales a la hora de laudar. Por ejemplo, en el caso *Metalclad c. México* el tribunal estableció que:

[...]la expropiación [...] incluye no solo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor²³.

Esta formulación del estándar de expropiación indirecta ha sido considerada amplia²⁴. Otra conceptualización más conservadora ha sido adoptada en el caso *Santa Elena c. Costa Rica*, siguiendo algunos precedentes de los tribunales de Reclamación Irán-EE.UU., sostuvo que: «Existen amplios precedentes que respaldan que una propiedad ha sido expropiada cuando el efecto de las medidas tomadas por el Estado ha sido el de privar al propietario del título, posesión o acceso al beneficio y uso económico de su propiedad»²⁵.

Las posturas en *Metalclad* y *Santa Elena* generaron dos grandes tendencias que fueron luego adoptadas por los demás tribunales arbitrales, por lo que no hay un criterio uniforme (Páez, 2006, p. 22). Asimismo, se ha optado por hacer una recopilación de situaciones que representan casos de expropiaciones indirectas. En el caso *Feldman c. México*, se dijo:

²³ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB(AF)/97/1. Laudo del 30 de agosto del 2000, párr. 103, p. 33. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>>

²⁴ En *Fireman's Fund Insurance Company c. Mexico* se dijo: «[...]el tribunal toma nota de las cuestiones expresadas en lo referente a la definición de expropiación presentada por el tribunal en el caso *Metalclad*, misma que considera demasiado amplia». *Fireman's Fund Insurance Company c. Los Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI ARB(AF)/02/01. Laudo del 17 de julio de 2006, párr. 177.

²⁵ Traducción propia. *Compañía Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. La República de Costa Rica*, Caso CIADI ARB/96/1. Laudo del 17 de febrero del 2000, párr. 77. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>>

El tribunal observa que son muchas las formas en que las autoridades gubernamentales pueden dejar a una empresa fuera del negocio o reducir significativamente los beneficios económicos de su actividad comercial. Antiguamente, los impuestos confiscatorios, la denegación del acceso a la infraestructura o a las materias primas necesarias o la imposición de regímenes regulatorios arbitrarios, entre otros, han sido considerados medidas expropiatorias²⁶.

Por su parte, en el caso *CME c. República Checa*, el tribunal arbitral se basó en la idea de destrucción del valor comercial de la inversión y en privación de los beneficios que se generaban por medio de la media estatal, señalando que:

Lo que fue afectado y en realidad destruido, fue la inversión del demandante y sus predecesores, la cual se encuentra protegida por el tratado. Lo que fue destruido fue el valor comercial de la inversión [...] ²⁷. La expropiación de facto o expropiación indirecta [...] es decir, medidas que que no implican un despojo abierto sino una neutralización efectiva del beneficio de esa propiedad del extranjero, están sujetas a reclamos de expropiación²⁸.

También se sostuvo que se produce una expropiación indirecta cuando el inversionista extranjero perdió el manejo y control sobre su inversión. El requisito de la privación total o sustancial ha llevado a estos tribunales a negar la existencia de una expropiación donde el inversionista retuvo el control sobre la inversión general a pesar de que había sido privado de derechos específicos (Dolzer y Schreuer, 2012, p. 117).

Este fue el enfoque que fue utilizado en el caso *LG&E c. Argentina*, a la hora de decidir si las medidas adoptadas por el gobierno argentino y que afectaron al inversionista extranjero, constituyeron una expropiación indirecta. En aquella oportunidad el tribunal se expidió en los siguientes términos:

[...] no se puede afirmar que las Demandantes **hayan perdido control** sobre sus acciones [...] aunque su valor haya fluctuado durante la crisis económica, o que no fueran capaces de controlar las operaciones del día

²⁶ *Marvin Feldman c. México*, Caso N° ARB(AF)/99/1. Laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 103. < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0320.pdf>>

²⁷ *CME Czech Republic B.C. c. La República Checa*, párr. 591.

²⁸ Traducción hecha por el autor *Ibíd.*, párr. 604.

a día [...] de forma distinta a como lo venían haciendo antes de que las medidas fuesen implementadas²⁹ (Énfasis agregado).

5.2. Formas de expropiación indirecta

Dentro de la categoría de expropiación indirecta se pueden diferenciar aquellos casos en los que la privación de los derechos de propiedad ocurre como consecuencia de una medida del Estado, o por una serie de estas. En este último caso estamos ante lo que se denomina *creeping expropriation* o *expropiación progresiva o constructiva*. Algunos tratados de inversión regulan expresamente estas situaciones, refiriéndose a series de actos³⁰ o series de medidas³¹ que podrían constituir expropiaciones.

Sucede que hay ocasiones en las que actos discretos, analizados de manera aislada y no dentro de un contexto general como un flujo de eventos, pueden llevar a la conclusión de que cada acto es inocuo para causar una potencial expropiación. Sin embargo, mediante una mirada retrospectiva de ese conjunto de actos, conducirían a la conclusión de que hubo una clara y evidente expropiación de la propiedad del inversionista extranjero (Reisman y Sloane, 2004, p. 123).

En el caso *Generation Ukraine c. Ucrania*, el tribunal sostuvo que:

Creeping expropriation es una forma de expropiación indirecta con una distintiva calidad temporal en el sentido de que se encapsula la situación en una serie de actos atribuibles al Estado a través de un período de tiempo que culmina con el despojo expropiatorio de esa propiedad³².

Por su parte, el tribunal del caso *Tecmed* señaló que dentro de los casos de expropiaciones indirectas se encuentran como subgrupos los de *creeping*

²⁹ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. República Argentina, Caso CIADI ARB/02/1. Laudo del 03 de octubre de 2006, Párr. 188-191. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf>>

³⁰ Anexo 10-D del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Chile del año 2004.

³¹ Anexo B.13 (1) del TBI Modelo de Canadá del año 2004.

³² Traducción propia. *Generation Ukraine c. Ucrania*, Caso CIADI ARB/00/9. Laudo del 16 de septiembre de 2003, párr. 20.22. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>>

expropriation y las expropiaciones de facto, distinguiéndolos en los siguientes términos:

Generalmente, se entiende que **la expresión [...] equivalente a la expropiación [...] o tantamount to expropriation** que se encuentra en el Acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero **alude a la llamada expropiación indirecta o creeping, así como a la expropiación de facto** aludida más arriba. Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación. No necesariamente una expropiación de esta naturaleza tiene que manifestarse de forma gradual o creciente —en ese sentido el término *creeping* alude a un solo tipo de expropiación indirecta— y puede manifestarse a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Por ese motivo, deben diferenciarse los conceptos de *creeping expropriation* y expropiación de facto, por más que corrientemente se los englobe bajo la noción más amplia de expropiación indirecta, y que ambas formas de expropiación puedan configurarse a través de una amplia variedad de actos o medidas cuyo examen circunstanciado en cada caso concreto solo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra o no presente³³ (Énfasis agregado).

5.3. Expropiación indirecta por acción u omisión

Hasta ahora se mencionó que una medida o serie de estas podrían tener efectos equivalentes a una expropiación. Una cuestión que ha generado debates consistió en determinar si las omisiones por parte del Estado también podían generar expropiaciones.

Por un lado, en materia de responsabilidad internacional de los Estados se reconoce que la falta de actuar puede dar lugar a la misma³⁴. Por el otro,

³³ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, párr. 114.

³⁴ La omisión por parte de un Estado receptor podrá también constituir una medida del Estado, equivalente a una expropiación, en circunstancias particulares, aún y cuando dichos casos sean pocos y rara vez traten únicamente respecto de la omisión. Véase Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts [Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilegales Internacionales], adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésimo-tercera sesión (2001). <http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm>

la doctrina y la jurisprudencia en materia de inversiones parecen seguir el criterio de que las omisiones por si solas no son suficientes y requieren de actos (Hoffmann, 2008, p. 160).

En el caso *Eureko c. Polonia* se rechazó el planteo de que el TBI solamente protegía contra medidas entendiendo que se excluían las omisiones dentro del ámbito del tratado. El tribunal señaló que era «obvio que los derechos del inversionista podían ser violados tanto por las acciones del Estado como por sus inacciones»³⁵.

Por su parte, en el caso *Olguín c. Paraguay*, el tribunal tuvo una visión más restrictiva al respecto, señalando que:

Para que se produzca una expropiación se requiere de actos que puedan considerarse razonablemente idóneos para producir el efecto de una privación del bien que pertenece al afectado, de modo tal que quien realiza tales actos adquiera, directa o indirectamente, el dominio o al menos los frutos de los bienes expropiados. La expropiación exige pues que se actúe teleológicamente en orden a su realización; para que se dé no es suficiente haber incurrido en omisiones, aunque estas fueren graves³⁶.

Parecería ser que la cuestión se resuelve de manera práctica, aceptándose generalmente que es muy difícil que una omisión por si sola sea expropiatoria, sino que lo más común es encontrarse con una serie de actos y omisiones que en conjunto significan una expropiación³⁷.

5.4. Las complejidades que presenta el abordaje de los casos de expropiación indirecta

No existe un concepto unívoco de expropiación que abarque de manera completa el fenómeno, corresponde señalar que en el derecho internacional, la cuestión de si una expropiación ha sido ocurrido se determina caso por caso, ya que no hay reglas específicas en cuanto a qué actos constituyen o no la expropiación (McLachlan, Shore y Weiniger, 2017, p. 389). Ello ha llevado

³⁵ *Eureko B.c. c. Republic of Poland*. Arbitraje Ad-Hoc bajo las Reglas CNUDMI. Laudo del 19 de Agosto de 2005. Párr. 186. <<https://www.italaw.com/cases/412>>

³⁶ *Eudoro Armando Olguín c. Republic of Paraguay*, Caso CIADI ARB/98/5. Laudo del 26 de julio del 2001, párr. 84. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0586.pdf>>

³⁷ Ver *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 106-107. *CME Czech Republic B. c. República Checa*, párr. 591 y siguientes.

a que los tribunales arbitrales tengan que analizar todas las circunstancias fácticas relevantes en cada caso.

La complejidad que plantean los casos de expropiación indirecta tiene varias aristas. La primera consiste en relación a la afectación de la inversión en sí misma. Es decir, si se piensa en el daño ocasionado a la inversión y que debe ser compensado por el Estado por haber tenido efectos equivalentes a una expropiación, el interrogante que surge es el siguiente: ¿Hasta qué punto debe verse afectado el valor económico o el disfrute o el control de esa propiedad para sostener que las medidas estatales fueron expropiatorias? Superado ese umbral estaríamos hablando de expropiación indirecta, y en caso de que no se lo supere, el daño resultante podría eventualmente ser compensado con base en la violación de otro estándar de protección de las inversiones extranjeros.

También se le puede analizar en relación con la dicotomía existente entre la afectación al patrimonio del extranjero y la capacidad regulatoria del Estado, dado lo difícil que es trazar una línea divisoria clara entre las medidas del Estado que constituyen una expropiación y aquellas que son consideradas actividades gubernamentales válidas no compensables. En los casos en donde debe compensar el Estado ¿Hasta que punto puede regular en un área para no tener que ser responsable por los daños que ocasiona al patrimonio del inversor extranjero? Asimismo, ¿Sobre qué áreas el Estado puede regular con independencia de la afectación que pudiera causarle a los inversionistas extranjeros? Suponiendo la existencia de casos en los que el Estado no deba compensar, ¿se exigen los mismos requisitos en el actuar del Estado tanto para los casos en donde debe responder como en los casos en donde no debe responder?

Finalmente, una tercer complejidad que surge guarda relación con los requisitos y factores que deben analizarse para determinar si hubo o no expropiación: ¿Corresponde analizar únicamente la afectación a la propiedad del inversionista extranjero o debe complementarse el análisis con otras variables? En caso de que se consideren varios criterios: ¿Cuál es la ponderación que debe dársele a cada uno? ¿Cuál es el camino lógico de análisis que debe seguir el tribunal a la hora de vislumbrar la existencia de una expropiación indirecta?

Si bien no se le darán respuesta a todos estos interrogantes, debido a que ello significaría considerar que el debate se encuentra cerrado, se procederá a examinar el estado del arte en la materia, a esquematizar algunos postulados y hasta a proyectar algunas tendencias. En las últimas décadas hubo muchos avances que fueron moldeando la temática. Algunas cuestiones ya fueron resueltas, otras cambiaron de concepción y perspectiva, y otras todavía requieren aún de una mayor profundización y madurez.

5.5. El enfoque caso por caso y la utilización de múltiples criterios

Hay consenso en el derecho internacional acerca de que el análisis respecto de si una expropiación ha sido ocurrida se determinará caso por caso. No hay reglas específicas en cuanto a qué actos constituyen o no la expropiación. Los tribunales arbitrales realizan una prueba de equilibrio a la luz de todas las circunstancias. Examinan diferentes criterios, a menudo explicando que cada uno de ellos solo sería insuficiente, aunque su combinación podría equivaler a expropiación. El resultado de las disputas relacionadas con la expropiación suele ser difícil de predecir (McLachlan, Shore & Weiniger, 2017, p. 389).

Esta forma de abordar los casos de expropiación indirecta ha sido resaltada por el tribunal arbitral en el citado caso *Generation Ukraine*, al sostener que:

La previsibilidad es uno de los objetivos más importantes de todo sistema legal. Sería útil si anticipadamente fuera absolutamente claro que un evento particular caería dentro de la definición de «expropiación indirecta». Ello mejoraría el sentimiento de respeto hacia las legítimas expectativas si fuera perfectamente obvio por qué, en el contexto de una decisión particular, un tribunal arbitral encontró que una acción o inacción del gobierno cruzó esa línea que define a los actos como equivalentes a una expropiación indirecta. Pero no hay lista de verificación, no hay prueba mecánica para lograr ese propósito. **Las consideraciones decisivas varían de un caso a otro**, dependiendo no solo de los hechos específicos de una queja, sino también de la forma en que se presentan las pruebas y los fundamentos legales. El resultado es una sentencia, es decir, el producto del discernimiento, y no una impresión de un programa de computadora»³⁸. [Énfasis agregado]

³⁸ Traducción propia. *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, párr. 20.29.

Sin embargo, a pesar de que el enfoque del caso por caso sigue siendo necesario, ciertos criterios para la determinación de si ha ocurrido una expropiación indirecta que deba ser compensada han surgido a través de los tratados y acuerdos internacionales y de las decisiones de los tribunales arbitrales (Yannaca-Small, 2018, p. 563).

Por ejemplo, en el citado caso Tecmed el tribunal consideró que

[...] para determinar si dicho encuadramiento procede, la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad. Si bien ese análisis tiene como punto de partida la necesaria deferencia debida al Estado al definir las razones de interés o utilidad pública en que funda su actuación y las formas bajo las que ésta habrá de concretarse, ello no impide, sin negar tal definición o poner en tela de juicio tal deferencia, juzgar la actuación del Estado a los efectos del artículo 5(1) (expropiación o medidas equivalentes) del Acuerdo sobre la base de su razonabilidad en relación con el fin perseguido, la privación económica causada, y las expectativas legítimas de quién lo sufrió. El acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio. En la valoración de dicha carga o peso, juega rol primordial la entidad o dimensión de la privación de propiedad operada por la actuación estatal, y si tal privación fue compensada o no. También debe tenerse en cuenta, en razón de distintos factores legales y prácticos, que el inversor extranjero tiene reducida o ninguna injerencia en la toma de decisiones que le afectan, en parte a raíz de su exclusión del ejercicio de derechos políticos reservados a los nacionales del Estado que las adopta, tales como la elección de las autoridades en las que tales decisiones se originan³⁹.

5.6. Criterios utilizados para determinar la existencia de expropiación indirecta

Hace varios años atrás existían diferencias en la forma en que los tribunales distinguían las regulaciones legítimas no resarcibles o compensables que tienen un efecto negativo sobre el valor económico de las inversiones extranjeras, y la expropiación indirecta que requiere una compensación.

³⁹ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, párr. 122.

Sin embargo, en la actualidad, parece haberse llegado a cierto consenso. En términos generales, los tribunales han identificado y han recurrido a ciertos criterios que parecen muy similares a los establecidos por la nueva generación de acuerdos o tratados de inversión (Yannaca-Small, 2018, p. 576). Estos son: a) el grado de intensidad de la interferencia en los derechos de propiedad del inversor; b) la frustración de las expectativas legítimas de los inversionistas; c) falta de proporcionalidad; d) no transparencia, arbitrariedad y discriminación; y e) los efectos y finalidad de la medida (Salacuse, 2015, p. 335).

Estos criterios se encuentran en algunos análisis de los tribunales entrelazados entre sí, a tal punto que, en ciertos casos resulta difícil separarlos. Asimismo, dependiendo de la plataforma fáctica de cada caso, muchos de ellos consideraron solo algunos de estos criterios, o incluso uno solo miraron de reojo a los demás. No obstante, cada uno representa una preocupación particular puede guiar al tribunal en la determinación sobre si se ha producido una expropiación indirecta (Yannaca-Small, 2018, p. 576).

5.6.1. El grado de intensidad de la interferencia en los derechos de propiedad del inversionista extranjero

Cabe resaltar que el propósito de las disposiciones de expropiación en los tratados de inversión es proteger los derechos de propiedad de los inversionistas extranjeros. De ello deviene que cuanto mayor sea la interferencia de las medidas estatales en esos derechos, mayor será la probabilidad de que el tribunal encuentre una expropiación indirecta.

Es evidente que una interferencia o restricción que sea catalogada como insignificante o menor no constituye expropiación. Hay un amplio consenso en qué se requiere un cierto nivel de interferencia para calificar el actuar del Estado como expropiatorio. Ello tiene sentido desde la lógica, porque una afectación al valor de la inversión debe ser de tal magnitud para que el efecto sea equivalente al de una expropiación. La palabra misma sugiere que la entidad de la afectación debe ser muy significativa, ya que se asemeja más a la idea de destruir que a la de simplemente dañar. Cuando no se encuentre que las medidas adoptadas por el Estado constituyan una expropiación, el inversionista deberá soportar las consecuencias económicas de las mismas, a menos que pueda reclamar los daños bajo otro título (Schreuer, 2005, p. 3).

Así lo ha interpretado el tribunal arbitral del caso Occidental c. Ecuador, al sostener que:

El tribunal sostiene que el Demandado en este caso no adoptó medidas que se podrían considerar como equivalentes a la expropiación directa o indirecta [...]

Esto no quiere decir que el inversionista no ha sido afectado por las decisiones adoptadas por el Demandado, pues en realidad sí lo ha sido [...]

[...] la responsabilidad se origina por una violación de derechos según el Tratado, pero no como consecuencia de expropiación⁴⁰.

Al momento de evaluar la magnitud de la interferencia de las medidas reguladoras de los Estados en los derechos de propiedad de un inversionista, la gravedad del impacto económico sumado al efecto en el control del inversionista de sus inversiones y, por otra parte, la duración de la medida reguladora, son los dos factores particularmente relevantes. Es decir, el efecto de la medida sobre el beneficio y valor económico, así como sobre el control de la inversión, es la pregunta clave a la hora de decidir si se ha producido una expropiación indirecta. Cuando este efecto es sustancial y dura un período de tiempo significativo, se asumirá *prima facie* que se ha producido una expropiación de la propiedad.

Por ejemplo, en el caso LG&E c. Argentina, que surgió a raíz de la crisis económica, social y política que afectó a la Argentina en los años 2001-2002, y donde los inversionistas presentaron reclamos de expropiación indirecta debido a que el valor de sus licencias se habían reducido en más del noventa por ciento como resultado de la anulación por parte de Argentina de las principales garantías que ofrecía el sistema tarifario. El tribunal consideró que una evaluación de la interferencia de la medida con el derecho de propiedad del inversor debe tener en cuenta el impacto económico de la medida (su interferencia con las expectativas razonables del inversor)⁴¹ y la duración de la medida⁴².

⁴⁰ Occidental Exploration and Production Company c. La República de Ecuador. Caso UN3467 administrado por la LCIA. Laudo del 1 de julio de 2004, párr. 89-91. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8648.pdf>>

⁴¹ LG&E c. República Argentina, párr. 190-191. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf>>

⁴² *Ibíd.*, párr. 190 y 193.

Con respecto al primer factor, los tribunales arbitrales consideran que la gravedad del impacto económico causado por una medida reglamentaria es un elemento importante para determinar si la medida constituye una expropiación que exija una indemnización. En el caso CMS c. Argentina, el tribunal adoptó el estándar de privación sustancial⁴³ que había sido previamente tomado por otros tribunales arbitrales. Este mismo estándar fue utilizado también en el caso Société Générale c. República Dominicana⁴⁴, Alpha Projectholding c. Ucrania⁴⁵. Más recientemente, también en los casos Philip Morris c. Uruguay⁴⁶ y Urbaser c. Argentina⁴⁷.

El tema de discusión y debate consiste en determinar el umbral de afectación a partir del cual se considera que operó una privación sustancial y qué tan grave debe ser el impacto de la medida estatal. Algunos tribunales tomaron criterios más severos y otros no tanto. En el citado caso Occidental, el tribunal no encontró que haya operado una expropiación indirecta, reconociendo la existencia de varios niveles de afectación. En aquella oportunidad manifestó:

El tribunal sostiene que el Demandado en este caso no adoptó medidas que se podrían considerar como equivalentes a la expropiación directa o indirecta. De hecho, no ha habido privación alguna del uso o beneficio económico de la inversión esperado en términos razonables, mucho menos medidas que afecten una parte significativa de la inversión. El criterio de «privación sustancial» según el derecho internacional identificado en *Pope & Talbot* no está presente en el caso que nos ocupa. Si se examinan las definiciones más estrechas de expropiación según el

⁴³ El tribunal señaló: «The essential question is therefore to establish whether the enjoyment of the property has been effectively neutralized. The standard that a number of tribunals have applied in recent cases where indirect expropriation has been contended is that of substantial deprivation» [Énfasis agregado]. CMS Gas Transmission Company c. La República de Argentina. Caso CIADI ARB/01/8. Laudo del 12 de mayo de 2005, párr. 262. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>>

⁴⁴ Ver Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. The Dominican Republic, Arbitraje administrado por la LCIA bajo las reglas de la CNUDMI. Award on Preliminary Objections to Jurisdiction. Decisión del 19 de septiembre de 2008, párr. 64. <<https://www.italaw.com/cases/documents/1040>>

⁴⁵ Ver Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania, Caso CIADI ARB/07/16. Laudo del 8 de noviembre de 2010, párr. 408. <<https://www.italaw.com/cases/71>>

⁴⁶ Ver Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental Del Uruguay. Caso CIADI ARB/10/7. Laudo del 08 de julio de 2016, párr. 192. <https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/laudo_spa1.pdf>

⁴⁷ Ver Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. La República Argentina, párr. 1000.

derecho internacional, la determinación de expropiación estaría incluso más distante⁴⁸.

En un sentido más estricto, donde tampoco encontró que haya operado una expropiación, el tribunal del citado caso LG&E c. Argentina, sostuvo:

Al considerar el impacto económico severo, debe analizarse si el impacto que desencadenó la de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión medida tomada por el Estado receptor **fue lo suficientemente grave como para generar la necesidad de una compensación por expropiación. En numerosas decisiones arbitrales, se ha denegado la compensación cuando no se haya afectado todo o casi todo el valor económico de la inversión.** Debe destacarse que la disminución en la capacidad se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan⁴⁹ (Énfasis agregado).

Por su parte, el tribunal del caso Chemtura c. Canadá también examinó si la medida del Estado anfitrión «había privado sustancialmente al inversionista del beneficio de la inversión». Señaló que dicha determinación es un:

[...] ejercicio sensible a los hechos que se debe llevar a cabo a la luz de las circunstancias de cada caso y que no tendría mucho sentido establecer un porcentaje o un umbral que debería cumplirse para una privación a ser sustancia» como tal modus operandi puede no ser siempre apropiado⁵⁰ (Traducción hecha por el autor).

Con respecto a la duración, se ha dicho que la duración de la medida debe ser de carácter permanente, para poder considerársela como expropiatoria.

De esta forma, el tribunal del citado caso LG&E c. Argentina expresó que:

Igualmente, debemos considerar la duración de la medida expropiatoria, ya que este criterio se relaciona con el grado de interferencia de aquella respecto a los derechos de propiedad. En general, la expropiación debe ser permanente, es decir, no puede tener carácter temporal, salvo cuando

⁴⁸ Occidental Exploration and Production Company c. La República de Ecuador, párr. 89.

⁴⁹ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .c. República Argentina, párr. 191.

⁵⁰ Chemtura Corporation v. Government of Canada, arbitraje Ad-hoc bajo las reglas CNUDMI. Laudo del 02 de agosto de 2010. Párr. 247-249. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf>

el desarrollo exitoso de la inversión depende de que se realicen ciertas actividades en momentos específicos que no pueden sufrir variaciones⁵¹.

La pregunta de rigor consiste en saber si se puede establecer un lapso de tiempo objetivo, a partir del cual se entiende que la afectación de una medida estatal pueda ser considerada permanente. Nuevamente, no hay una respuesta general, sino que se deberá analizar caso por caso. Esto es razonable desde el punto de vista económico, donde cada proyecto de inversión tiene diferentes plazos de recupero de lo invertido, donde la estructura de capital de cada negocio y los procesos productivos son diferentes. Es así que en el caso *Middle East Cement c. Egipto*⁵² se consideró que cuatro meses eran suficientes para demostrar que había operado una expropiación. Por el contrario, en el caso *SD Myers c. Canadá* se consideró que dieciocho meses no hacían lo suficientemente duradera a la medida para ser expropiatoria⁵³.

5.6.2. La frustración de las legítimas expectativas del inversionista

Los inversores extranjeros invierten no solo para adquirir activos, sino también para lograr beneficios económicos particulares que razonablemente esperan obtener de dichos activos. La mayoría de los gobiernos, a través de sus leyes y agentes, a menudo fomentan estas inversiones e incluso crean expectativas.

Las expectativas legítimas se refieren a la dependencia de ciertas circunstancias en las cuales el inversionista extranjero basó su decisión de invertir en el Estado anfitrión (Hoffmann, 2008, p. 162). Pueden ser creadas no solo por compromisos explícitos por parte del estado anfitrión a través de contratos específicos, sino también por compromisos de naturaleza más general. En particular, el marco legal provisto por el estado anfitrión será una fuente importante de expectativas por parte del inversionista (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 115).

⁵¹ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .c. República Argentina, párr. 190-193.

⁵² Ver *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. La República Árabe de Egipto*. Caso CIADI ARB/99/6. Laudo de 12 de abril de 2002, párr. 107 y ss. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf>>

⁵³ Ver *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*. Arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Laudo del 13 de noviembre del 2000, párr. 284-288. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>>

En consecuencia, el hecho de que un país anfitrión no respete sus garantías puede afectar negativamente a los beneficios económicos razonablemente esperados de los inversores, por lo que es un factor para juzgar si una medida constituye una expropiación indirecta (Salacuse, 2015, p. 339).

En el caso *Thunderbird c. México*, el tribunal señaló que:

A la luz de jurisprudencia reciente sobre inversiones y del principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario, el concepto de expectativas legítimas guarda relación [...] con una situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que [...] no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista (o a la inversión)⁵⁴.

Sin embargo, no todos los cambios en el sistema legal del estado anfitrión que afectan la propiedad extranjera violarán sus expectativas legítimas. No se producirá tal violación si el cambio permanece dentro de los límites de los cambios normales que pueden generarse en el estado anfitrión y que son aceptados en otros estados. Tales cambios resultarían predecibles para un inversor prudente al momento de invertir.

En esa línea se expidió el tribunal arbitral en el caso *Methanex c. Estados Unidos*⁵⁵, donde encontró que las nuevas regulaciones ambientales en California deberían haber sido previsibles para el inversionista canadiense.

5.6.3. La falta de proporcionalidad

Al juzgar si la medida de un gobierno constituye una expropiación indirecta, los tribunales también han examinado si la medida impugnada es razonablemente proporcional al propósito que el gobierno pretende lograr. Un factor importante de este análisis es el impacto de la medida en un inversionista extranjero frente al impacto en los nacionales del país receptor. Se puede encontrar una falta de proporcionalidad si los inversionistas extranjeros

⁵⁴ *International Thunderbird Gaming Corporation c. The United Mexican States*. Arbitraje bajo las reglas CNUDMI en el marco del TLCAN. Laudo del 26 de enero de 2006, párr. 147. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8080.pdf>>

⁵⁵ Ver *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, bajo las reglas CNUDMI. Laudo Definitivo del 3 de agosto de 2005, *Methanex (RLA-164)*, parte IV, Ch. D, párr. 8-10. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>>

soportan una cantidad excesiva de la carga impuesta por la medida (Salacuse, 2015, p. 341).

En el citado caso Tecmed, se estableció lo siguiente:

[...] **el tribunal Arbitral estima apropiado considerar**, para determinar si dicho encuadramiento procede, la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad. Si bien ese análisis tiene como punto de partida la necesaria deferencia debida al Estado al definir las razones de interés o utilidad pública en que funda su actuación y las formas bajo las que ésta habrá de concretarse, ello no impide, sin negar tal definición o poner en tela de juicio tal deferencia, juzgar la actuación del Estado a los efectos del artículo 5(1) del Acuerdo sobre la base de su razonabilidad en relación con el fin perseguido, la privación económica causada, y las expectativas legítimas de quién lo sufrió. **El acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio**⁵⁶. [Énfasis agregado]

Este mismo criterio fue seguido por otros tribunales arbitrales, como por ejemplo, en los citados casos LG&E c. Argentina⁵⁷, Philip. Morris c. Uruguay⁵⁸, y en el caso Archer Daniels c. México⁵⁹, entre otros.

5.6.4. La transparencia, arbitrariedad y discriminación

Otro factor que puede contribuir a un hallazgo de expropiación indirecta es que la medida impugnada o el proceso por el cual fue promulgada no es transparente, o fue arbitraria y/o discriminatoria. Es evidente que un juicio sobre estos criterios conlleva a un análisis minucioso de los hechos.

⁵⁶ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, párr. 122.

⁵⁷ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. República Argentina, párr. 195.

⁵⁸ Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay, párr. 305.

⁵⁹ Archer Daniels Midland Company & Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI ARB(AF)/04/5. Laudo del 21 de Noviembre de 2007, párr. 250. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0038.pdf>>

Por ejemplo, en el caso *Feldman c. México* se discutió si el tratamiento que las autoridades fiscales mexicanas le dieron al inversionista estadounidense había sido no transparente y/o arbitrario. En esa oportunidad, el tribunal rechazó las reclamaciones de expropiación indirecta porque consideraba dudoso que la falta de transparencia por sí sola se elevara al nivel de violación del TLCAN⁶⁰ y del derecho internacional, dada las complejidades de las leyes fiscales. El tribunal consideró que era innegable que el inversionista había experimentado grandes dificultades para tratar con los funcionarios tributarios y en algunos aspectos fueron tratados de una manera menos que razonable. Sin embargo, encontró que tal tratamiento no alcanzó el nivel de una violación del Artículo 1110⁶¹ del TLCAN, y agregó con evidente simpatía que «desafortunadamente, las autoridades fiscales en la mayoría de los países no siempre actúan de manera consistente y predecible»⁶².

Por su parte, en el citado caso *Tecmed* el reclamo se basó en la inversión en terrenos, construcciones y otros activos que hizo el inversionista extranjero a raíz de una licitación pública que le fue adjudicada en la zona de Sonora, México. El objeto de la subasta fue la venta de un inmueble, construcciones e instalaciones y otros bienes relativos al confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos. Dos años más tarde se le denegó la renovación de la autorización para el funcione el confinamiento. El tribunal encontró que la inversión había sido expropiada. A la hora de analizar sobre dicha cuestión, tuvo en cuenta que: «[...] los actos de la administración deben ser fundados, entre otras cosas para estar dotados de la transparencia suficiente que permita al administrado disconforme atacarlos mediante los medios legales disponibles [...]»⁶³.

El actuar del Estado ha sido analizado bajo el criterio de arbitrariedad en el caso *Waste Management c. México* donde se resaltó que no se debían «[...] indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasan, ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado que equivalga a una paralización o confiscación virtual de la empresa»⁶⁴.

⁶⁰ Tratado de Libre Comercio de América del Norte (entre Estados Unidos de América, Canadá y México).

⁶¹ Artículo sobre Expropiación y compensación.

⁶² *Marvin Feldman c. México*, párr. 133.

⁶³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 123.

⁶⁴ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 160.

Respecto al criterio de la discriminación, en el caso *Methanex c. EE.UU.* se puso de manifiesto que: «En opinión del tribunal, *Methanex* está en lo cierto al afirmar que una regulación intencionalmente discriminatoria contra un inversor extranjero cumple con un requisito clave para establecer la expropiación»⁶⁵.

Finalmente, en el citado caso *SD Myers*, el tribunal tuvo que examinar si el efecto práctico de las medidas regulatorias de las autoridades canadienses, destinadas a proteger el medio ambiente, realmente crearon un beneficio desproporcionado para los ciudadanos canadienses en relación con la afectación al patrimonio del inversionista extranjero y si esas medidas favorecieron *prima facie* a los nacionales por sobre los no nacionales. Sobre la base de una extensa revisión de los hechos, el tribunal concluyó que las medidas en cuestión fueron diseñadas con fines proteccionistas y, por lo tanto, discriminatorias contra los demandantes⁶⁶. Ello, brindó un apoyo adicional a la determinación del tribunal de que las medidas regulatorias en cuestión eran expropiatorias.

De lo antedicho puede inferirse que en ciertos casos, las conductas no transparentes, arbitrarias y discriminatorias por parte de un estado anfitrión pueden ser una útil guía para determinar si medidas que fueron promulgadas con fines regulatorios genuinos en realidad ocultaban una intención expropiatoria.

5.6.5. El efecto y la finalidad de la medida

El primer criterio descrito fue el del grado de interferencia. Resuelta esa primera cuestión, la siguiente pregunta consiste en si debe ser ese el único elemento a considerar o si también deben considerarse las intenciones que subyacen de esas medidas estatales y los intereses que se buscan proteger mediante ellas. En general, han surgido dos enfoques, el del efecto único y el del efecto y propósito.

Queda claro que para hablar de expropiación indirecta debe considerarse la gravedad del impacto legal y práctico sobre la capacidad del inversionista para

⁶⁵ Traducción propia. *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, artículo IV, chapter D, page 4. párr. 7.

⁶⁶ Ver *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, párr. 221-255.

usar y disfrutar de su propiedad. Cuando el énfasis está puesto únicamente en el efecto sobre la propiedad del inversionista extranjero, el análisis encuadra dentro de la doctrina del efecto único o *sole effect doctrine* (Paez, 2006, p. 23).

La articulación más clara en la jurisprudencia sobre la doctrina del efecto único fue la declaración del citado caso Metalclad⁶⁷, acerca de que el TLCAN protegía contra la expropiación directa e indirecta que:

[...] tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor [...].

El tribunal no necesita considerar los motivos o intención para la adopción del decreto ecológico. De hecho, el determinar una expropiación basándose en el decreto ecológico, no es esencial para que el tribunal considere que se ha violado el artículo 1110 del TLCAN. Sin embargo, el tribunal considera que la implementación del decreto ecológico podría, por sí y en sí mismo, constituir un acto equivalente a una expropiación⁶⁸.

En Metalclad, el tribunal sostuvo que el caso analizado se asemejaba al de Biloune c. Ghana⁶⁹, pues al evaluar si las medidas tenían el efecto de una expropiación progresiva, no tenía que preocuparse por el motivo que tuvieran las autoridades gubernamentales de Ghana⁷⁰.

Asimismo, otro de los casos emblemáticos de este enfoque es el citado caso Santa Elena, donde el tribunal expresó que: «[...] donde se expropia la propiedad, incluso con fines ambientales, ya sea a nivel nacional o internacional, la obligación del Estado de pagar una compensación permanece»⁷¹.

Sin embargo, la doctrina del efecto único ha sido muy controvertida y puesta en tela de juicio en las últimas décadas. A pesar de la gran importancia que se atribuye a los efectos de una medida, también se ha hecho énfasis

⁶⁷ Ver 36.

⁶⁸ *Ibid.* párr. 103 y 111.

⁶⁹ Ver párr. 108.

⁷⁰ *Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*. Laudo del 27 de octubre de 1989, 95 ILR, 1989, 183, p. 209.

⁷¹ *Compañía Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. La República de Costa Rica*, párr. 72.

en la intención del Estado y el contexto al juzgar si una medida era o no expropiatoria. Otorgar un papel exclusivo únicamente a los efectos de las medidas impugnadas, sin colocarlo en un contexto más amplio, puede llevar a un análisis incompleto que esté sesgado involuntariamente en favor del inversor extranjero (Salacuse, 2015, p. 346).

De la doctrina y del examen de casos arbitrales, parece que predomina un enfoque equilibrado. Además, no es probable que la doctrina del efecto único represente la intención de los Estados a la hora de suscribir acuerdos de protección de inversiones (Yannaca-Small, 2018, p. 583).

En un análisis integral y comprensivo de todas las circunstancias que rodean a cada caso, no deberían importar solo los efectos de las regulaciones sobre las propiedades de los inversionistas extranjeros, sino que también habría que considerar el propósito al que sirve la regulación, cómo se implementa (de manera transparente, no arbitraria, sin discriminación), si los medios empleados son proporcionales a los fines perseguidos, y si hay alternativas menos restrictivas disponibles. Solo a través de un análisis contextual que permita sopesar muchos factores relevantes será posible lograr un enfoque equilibrado al considerar reclamos de expropiación indirecta. Dicho enfoque llevaría a laudos más objetivos y contribuiría a la percepción de legitimidad y justicia en el arbitraje de inversión (Salacuse, 2015, p. 346).

Este enfoque fue adoptado en el citado caso LG&E c. Argentina, donde el análisis del tribunal buscó equilibrar los efectos con el contexto y los propósitos parece una forma prudente de dar la debida deferencia al derecho legítimo a regular de todo Estado. Basándose en el enfoque equilibrado y se concluyó que las medidas arancelarias impuestas por Argentina en el sector del gas no eran equivalentes a una expropiación. En tal inteligencia, se sostuvo que:

No hay duda que la severidad de los cambios en el status legal y el impacto práctico sufrido por el inversionista en este caso, así como en la posibilidad del goce y uso de la inversión, son determinantes para establecer si hubo o no expropiación indirecta. **Lo que se discute es si, únicamente, deben ser tomados en cuenta los efectos que produce la medida o también el contexto en que se dictó y el propósito del Estado receptor. La opinión de este tribunal es que debe haber un equilibrio en el análisis, es decir, ha de tratarse de un análisis que alcance tanto**

a las causas como a los efectos de una medida, a los fines de calificarla como expropiatoria»⁷². [Énfasis agregado]

En la misma línea, el tribunal del citado caso Archer Daniels dictaminó que:

Pueden tenerse en cuenta otros factores, junto con los efectos de la medida del gobierno, incluyendo si la medida era adecuada o necesaria para un fin legítimo; si era discriminatoria en la ley o en la práctica; si no se adoptó de acuerdo con el principio de legalidad; o si interfería en las expectativas legítimas del inversor cuando se realizó la inversión⁷³.

A mayor abundamiento, la prudencia de este enfoque no solo fue puesta de relieve en distintos laudos arbitrales y en doctrina, sino que también se ve reflejada en los últimos tratados de protección de inversiones que vienen suscribiéndose desde hace casi dos décadas. Esto será desarrollado más adelante.

Hasta ahora, a pesar de que se lo mencionó de manera tangencial, se intentó evitar el tratamiento de un tema en particular. Este consiste en saber el por qué deben contemplarse las intenciones regulatorias de los Estados a la hora de determinar si hubo o no expropiación indirecta. Resulta que tal evaluación conducirá a dilucidar aquellas situaciones en las que el Estado no compensar al inversionista extranjero por los efectos que haya sufrido en su patrimonio, en virtud de la protección contra las expropiaciones que este goza, como consecuencia de la adopción de ciertas medidas regulatorias.

5.7. La doctrina del *police power* o poder de policía

Como ya fuera mencionado en el punto anterior, a la hora de determinar si una medida del gobierno es expropiatoria, la tendencia actual indica que se debe contemplar el efecto de la medida, pero también el propósito que tuvo el Estado al dictarla. La consideración de las intenciones es un factor muy importante, ya que dicha medida podría caer dentro del derecho del Estado de promover un propósito social reconocido o el bienestar general (Yannaca-Small, 2018, p. 585).

⁷² LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. República Argentina, párr. 194.

⁷³ Archer Daniels Midland Company & Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. United Mexican States, párr. 250.

En este sentido, se ha sostenido que la reciente práctica arbitral muestra que la protección convencional de las inversiones puede conllevar cuestionables restricciones en materia de protección del medio ambiente y en otros aspectos del ordenamiento económico y social. Esta tendencia está alimentando tendencias a favor de que, frente a la protección de inversiones, se aumente el margen de actuación política de los Estados, permitiéndose que de esta forma se persiga la protección de intereses generales universalmente reconocidos. Se pretende subir el umbral de expropiación aplicable (Herdegen, 2012, p. 414).

El reconocimiento y respeto de esta potestad reguladora soberana de los Estados se encuadra en lo que se conoce como la doctrina del *police power* o poder de policía. De ello se desprende la idea de que el inversionista extranjero no debe esperar una compensación cuando el Estado ha actuado en ejercicio de sus funciones dentro de lo que se consideran las potestades para regular el bienestar general (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 120).

Ello no fue siempre visto de tal manera. En el citado caso Santa Elena, el tribunal sostuvo que:

En este sentido, las medidas ambientales de expropiación, sin importar cuán loables y beneficiosas para la sociedad en general, son similares a cualquier otra medida expropiatoria que un estado pueda tomar para implementar sus políticas: donde se expropia la propiedad, incluso con fines ambientales, Ya sea nacional o internacional, la obligación del estado de pagar una compensación permanece⁷⁴ (Traducción hecha por el autor).

Por el contrario, en el Tecmed se observó que «es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna»⁷⁵. En la misma línea, el tribunal del caso Saluka c. República Checa sostuvo que «ha quedado establecido en el derecho internacional que los Estados no son responsables de pagar una indemnizaciones al inversor extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, estos

⁷⁴ Compañía Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. La República de Costa Rica, párr. 72.

⁷⁵ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos, párr. 119.

adoptan en forma no discriminatoria regulaciones de buena fe en aras del bienestar general»⁷⁶.

Resulta evidente entonces que el carácter de la medida es un factor fundamental al momento de determinar si operó una expropiación indirecta que deba ser compensada. Uno de los mayores conflictos se presenta a la hora de trazar la línea divisoria entre una expropiación indirecta y una regulación general en interés público (Dolzer y Schreuer, 2012, p. 102), ya que no existe una fórmula mecánica que divida a ambas (Paulsson y Douglas, 2004, p. 145). Esta es una cuestión de vital importancia, tanto para el Estado receptor como para el inversionista extranjero.

Esta diferenciación también fue puesta de relieve en el citado caso LG&E, donde se observó que:

Es importante distinguir el derecho del Estado de adoptar ciertas políticas con su facultad de dictar medidas expropiatorias. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación de facto, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos⁷⁷.

Para esclarecer esta cuestión, corresponde plantear tres interrogantes que serán seguidamente desarrollados: ¿De dónde surge el reconocimiento de la doctrina del poder policía? ¿Surge únicamente como una excepción contemplada en los tratados de inversión o se encuentra reconocida en el derecho internacional consuetudinario? Aclarado lo anterior, un segundo interrogante consiste en determinar ¿qué tipo de intereses o sobre qué áreas el Estado puede regular bajo la órbita del poder de policía? Finalmente, una última cuestión consiste en examinar si el Estado debe cumplir con ciertos requisitos en el dictado de tales medidas, y en su caso, cuáles son.

⁷⁶ Traducción propia. Saluka Investments B.V. c. La República Checa, arbitraje Ad-hoc bajo las reglas de la CNUDMI. Laudo del 17 de marzo de 2006, párr. 255 <<https://www.italaw.com/cases/961>>

⁷⁷ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc . c. República Argentina, párr. 194.

5.7.1. *El reconocimiento de la doctrina del poder de policía en el derecho internacional*

Determinar de dónde proviene la legitimación del poder de policía es de suma relevancia en términos prácticos. Si su reconocimiento proviene del derecho internacional consuetudinario, entonces será una defensa que *prima facie* los Estados podrían esgrimir, más allá de que no este reconocida expresamente en el tratado de inversión relevante. Si ello no fuera así, entonces la posibilidad de recurrir a ella dependerá exclusivamente de lo que establezca el tratado.

A modo de ejemplo, el TBI vigente desde el año 1994 entre Argentina-EE. UU. no regula la temática de manera expresa⁷⁸, es decir, no se refiere a las medidas regulatorias que están exentas de causar la obligación de indemnizar. Por el contrario, los TBIs Modelo de los EE. UU. de los años 2004 y 2012 si contienen disposiciones expresas sobre la materia, señalando que: «Excepto en circunstancias extraordinarias, las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte, diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos por el bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta»⁷⁹.

⁷⁸ El artículo IV reza: «1. Las inversiones no se expropiarán o nacionalizarán directamente ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”), salvo por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria y mediante pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 2 del Artículo II. La compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que esta se llegue a conocer. Si ello ocurriera con anterioridad, será pagada prontamente e incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación. 2. El nacional o sociedad de una parte que asevere que su inversión le ha sido expropiada total o parcialmente tendrá derecho a que las autoridades judiciales o administrativas competentes de la otra parte examinen su caso con prontitud a los fines de determinar si la expropiación ha ocurrido y, en caso afirmativo, si dicha expropiación y la compensación correspondiente se ajustan a las disposiciones del presente Tratado y a los principios del derecho internacional. 3. A los nacionales o sociedades de una parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio civil o cualquier otro acontecimiento similar, la otra parte les otorgará, un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o sociedades de terceros países, respecto de las medidas que adopte con relación a tales pérdidas».

⁷⁹ Traducción propia. El punto 4 (b) del Anexo B del TBI Modelo de los Estados Unidos de América establece: «Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a

Respecto a la fuente del derecho de dónde proviene el reconocimiento de la doctrina del poder de policía, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha señalado que: «Es un principio aceptado del derecho internacional consuetudinario que cuando el perjuicio económico resulte de una regulación no discriminatoria de buena fe, que esté dentro del marco poder de policía del Estado, no se requerirá la indemnización».

En la misma línea, el tribunal del citado caso Saluka, sostuvo: «El principio de que el Estado adopta regulaciones generales que son comúnmente aceptadas como parte del poder de policía de los Estado forma parte del derecho internacional consuetudinario actual»⁸⁰. A la misma conclusión arribaron los tribunales de los citados casos Methanex⁸¹ y Philip Morris⁸².

Debido a que la doctrina del poder de policía forma parte del derecho consuetudinario, si se planteara una reclamación sobre expropiación con base al TBI Argentina-Estado Unidos de América que no lo regula expresamente, igualmente sería de aplicación. Consistente con ello, frente al reclamo de expropiación por parte de un inversionista de los Estados Unidos de América, el tribunal del citado caso LG&E c. Argentina tuvo en consideración la doctrina del poder de policía⁸³. Ello a pesar de que como fue señalado anteriormente, no estaba expresamente contemplada en el TBI.

5.7.2. Las áreas que permiten regulaciones en ejercicio del poder de policía

En los últimos tiempos, tanto por las decisiones de los tribunales arbitrales como por la nueva ola de tratados de inversión, han ido moldeando y

Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations».

⁸⁰ Ver 255, 260, 262. Traducción propia.

⁸¹ Ver Methanex Corporation c. Estados Unidos de América, Parte IV, Ch. D, párr. 7.

⁸² Ver Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental Del Uruguay, párr. 290-299.

⁸³ El tribunal se expidió en los siguientes términos: «Es importante distinguir el derecho del Estado de adoptar ciertas políticas con su facultad de dictar medidas expropiatorias. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía [...] ...el Estado tiene el derecho de dictar medidas con un propósito social o de bienestar general. En este caso, las medidas deben aceptarse sin que sea procedente reclamo alguno por responsabilidad [...]». Ver LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. República Argentina, párr. 194-195.

esclareciendo las áreas en las que toda regulación legítima por parte del Estado se encontraría bajo la órbita del poder de policía. En la actualidad, parece haber emergido un consenso acerca de que tipos de medidas estatales son consideradas legítimas (Reinisch, 2008, p. 434).

Se ha sostenido que la reciente práctica arbitral muestra que la protección convencional de las inversiones puede conllevar cuestionables restricciones en materia de protección del medio ambiente y en otros aspectos del ordenamiento económico y social, permitiéndose que de esta forma se persiga la protección de intereses generales universalmente reconocidos, incluyendo la protección de la salud pública, el medio ambiente y el trabajo (Herdegen, 2012, p. 414).

Asimismo, se ha señalado que la mayoría de los nuevos tratados de inversión, además de contemplar la salud y el medioambiente, incluyen la seguridad, cuestiones tributarias (Hoffmann, 2008, 166). Asimismo, también se agregan las regulaciones antimonopolio, la protección del consumidor, la planificación territorial encuadra dentro del ejercicio del poder de policía por ser áreas que se consideran esenciales para el funcionamiento del Estado (Sornarajah, 2010, p. 374).

Varios tribunales arbitrales decidieron sobre la base de reconocer que los gobiernos tienen el derecho de proteger, entre otras cosas, el medio ambiente, la salud y seguridad humanas, la integridad del mercado y las políticas sociales mediante acciones no discriminatorias sin proporcionar compensación por cualquier privación incidental de la propiedad del inversionista extranjero (Yannaca-Small, 2018, p. 592).

En concreto, las decisiones arbitrales que se exponen a continuación respaldan la posición de que la protección de la salud, el medioambiente, la estabilidad del sistema bancario y financiero, la moralidad y la protección de la seguridad, forman parte de aquellas áreas que caen bajo la órbita del ejercicio del poder de policía.

En el caso Chemtura, el tribunal rechazó el reclamo de expropiación que había planteado un fabricante estadounidense por la prohibición de la venta de lindano, un insecticida agrícola que se decía que era nocivo para la salud y el medioambiente⁸⁴. En el citado caso Saluka, el tribunal encontró que las

⁸⁴ Ver Chemtura Corporation c. Canadá.

medidas adoptadas por el Banco Nacional Checo y el gobierno de República Checa para mantener las estabilidad del sistema bancario y que significaron la intervención forzosa del banco IPB de Saluka, estaban alcanzadas por el poder de policía⁸⁵. En el reciente caso Philip Morris, el tribunal encontró que las medidas contra el tabaco dictadas por el gobierno uruguayo, formaban parte de las potestades incluidas en el ejercicio del poder de policía para proteger la salud pública⁸⁶. En este último, el tribunal además agregó que «[...] cuestiones tales como el mantenimiento del orden público, la salud o la moralidad [...]» formaban parte del poder de policía⁸⁷.

Finalmente, los nuevos tratados de inversión vienen incorporando disposiciones que dan algunos ejemplos de las áreas donde se considera que las regulaciones estatales en pos del bienestar general significan el ejercicio legítimo del poder de policía, y por lo tanto no constituyen expropiaciones. Más allá de que serán analizados en detalle los acuerdos de inversión más recientes, a modo de ejemplo se expone que el TBI Modelo de EE.UU. del 2012 incluye como medidas que están diseñadas y aplicadas para proteger objetivos de bienestar público a aquellas que regulan tales como, la salud, la seguridad y el medio ambiente⁸⁸. Resta señalar que, por la forma de redacción, esa lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa.

5.7.3. Requisitos que deben respetar las medidas

A medida que se fue desarrollando la temática y sobre todo en el punto anterior, quedó evidenciado que las regulaciones en ejercicio del poder de policía están sujetas a ciertos requisitos para que no constituyan expropiaciones indirectas, y en consecuencia, para que el Estado no tenga

⁸⁵ Saluka Investments B.V. c. The Czech Republic, párr. 276-278.

⁸⁶ Ver Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental Del Uruguay, párr. 307.

⁸⁷ *Ibid.* Ver párr. 295.

⁸⁸ «*Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures are so severe in the light of their purpose that they cannot be reasonably viewed as having been adopted and applied in good faith, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriation*». Ver TBI Modelo de Canadá del año 2012. Anexo B.13 (1) punto c. < <https://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>> y TBI Canada-China suscripto en 2012. Anexo B.10. Punto 3. < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3476>>

la obligación de compensar al inversionista extranjero que se haya visto perjudicado por dichas medidas.

De la redacción de los instrumentos citados precedentemente, surge que dichas medidas deben ser adoptadas de buena fe y en forma no discriminatoria. En el caso Philip Morris el tribunal arbitral analizó si las medidas de protección de la salud pública adoptadas por el gobierno uruguayo para disminuir el consumo del tabaco fueron adoptadas de buena fe y en forma no discriminatoria, pero además, contemplo si las mismas habían sido proporcionales y no arbitrarias⁸⁹.

En el citado caso Methanex, el tribunal introdujo el criterio de las legítimas expectativas en los siguientes términos:

Como asunto de derecho internacional general, una regulación no discriminatoria for causas de utilidad pública, que es promulgada de conformidad con el debido proceso y, que afecta, entre otros, a el inversor extranjero o a su inversión no es considerada como expropiatoria ni compensable a menos que se le haya dado un compromiso específico por parte del gobierno regulador que el gobierno se abstendría de realizar tal regulación⁹⁰. [Énfasis agregado]

Por su parte, en el citado caso LG&E, el tribunal puso énfasis en la proporcionalidad de la medida esgrimiendo lo que: «[...] las medidas deben aceptarse sin que sea procedente reclamo alguno por responsabilidad, salvo que se trate de una actuación manifiestamente desproporcionada con respecto a la necesidad que se trata de abordar»⁹¹.

En definitiva, todo parecería indicar que los criterios antes mencionados también son útiles para evaluar si las regulaciones que se dictaron en ejercicio del poder de policía de forma tal que eximan al Estado de responder por las afectaciones que puedan causar en las inversiones de los extranjeros. Una interrogante que posiblemente se presente en el futuro, consiste en determinar si en los casos donde los instrumentos de inversión aplicables

⁸⁹ Ver Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental Del Uruguay, párr. 306.

⁹⁰ Traducción propia. Methanex Corporation c. Estados Unidos de América, Parte IV, Ch. D, párr. 7.

⁹¹ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. República Argentina, párr. 195.

que regulan el ejercicio del poder de policía de manera expresa y además establecen determinados requisitos puntuales, se deberá tener en cuenta los demás requisitos que fueron expuestos en el desarrollo de este punto. *A priori*, y utilizando de forma análoga el mismo criterio que utilizó el tribunal en el caso Philip Morris, habría que estudiar si esos requisitos adicionales que no aparecen escritos forman parte del derecho internacional consuetudinario⁹². Ello, sin perjuicio de lo que establezca expresamente la letra del tratado de inversión pertinente.

6. EXPROPIACIÓN LÍCITA Y EXPROPIACIÓN ILÍCITA

Como ya fue señalado, toda expropiación directa e indirecta debe ser compensada por el Estado, salvo en aquellos casos de expropiación indirecta en donde el Estado ha actuado dentro de la órbita del poder de policía. Dejando de lado estos últimos casos que no constituyen una expropiación compensable, nos enfocamos en aquellos donde si corresponde una indemnización.

En este sentido, también fue señalado que los acuerdos de inversión contienen una serie de requisitos que deben ser respetados por el Estado a la hora de llevar a cabo la expropiación de la inversión de un inversionista extranjero en su territorio. Estos requisitos consisten en que la misma sea realizada por razones de utilidad pública, de manera no discriminatoria, de conformidad con el debido proceso y mediante el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva⁹³.

⁹² En este caso, una buena guía podría ser el Proyecto del Convenio de Harvard sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños Causados a Extranjeros de 1961, que en algunas oportunidades fue tomado como parte de la costumbre internacional. En el Artículo 10(5) dispone: «La confiscación de la propiedad de un extranjero o la privación del uso o el goce de la propiedad de un extranjero sin indemnización que resulte de acción de las autoridades competentes del Estado para el mantenimiento del orden público, la salud, o la moral se considerará ilícita, siempre que: (a) no se trate de una violación discriminatoria de la legislación del Estado en cuestión; (b) no resulte de una violación de ninguna de las disposiciones de los artículos 6 a 8 del presente Convenio (denegación de justicia); (c) no constituya un quebrantamiento irrazonable de los principios de justicia reconocidos por los principales sistemas jurídicos del mundo; y (d) no constituya un abuso de poderes especificado en el presente párrafo con efecto de privar a un extranjero de su propiedad». Traducción hecha por el autor del Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, 1961, *American Journal of International Law* 548, 55, American Society of International Law, p. 562.

⁹³ Ver nota supra 10.

Si el Estado expropia, ya sea de manera directa e indirecta, y cumple con los requisitos antes mencionados, entonces no incurrirá en responsabilidad internacional bajo los términos del tratado o acuerdo de inversión. Para ello deberá seguir la fórmula de pago establecida en el TBI pertinente. A modo de ejemplo, y tal como refleja la mayor parte de los tratados de inversión, el TBI Argentina-Estados Unidos dispone:

La compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer si ello ocurriera con anterioridad; será pagada prontamente; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación⁹⁴.

Recapitulando, si el inversionista extranjero recibe una compensación que cumpla con los requisitos recién citados, la expropiación habrá sido lícita en el marco del acuerdo de inversión, y por lo tanto, no dará lugar a ningún reclamo adicional a nivel internacional.

Sin embargo, no son pocos los casos en los cuales se presentan complicaciones que luego llevan al inversionista a plantear reclamos antes los tribunales arbitrales de inversión. Generalmente, el asunto que más dificultad presenta es el de la determinación de la compensación.

En los casos de expropiación directa, generalmente las reclamaciones surgen con motivo de las diferentes formas de valuación a la hora de determinar el valor de mercado de la inversión. Esto fue lo que ocurrió por ejemplo en el caso *OI European c. Venezuela*⁹⁵ o en el reciente caso *Teinver c. Argentina*⁹⁶. En los de expropiación indirecta el tema es más complejo aún. Esto fue observado en el caso *Tidewater c. Venezuela*, donde el tribunal arbitral señaló que:

⁹⁴ Artículo IV (1) del TBI Argentina-Estados Unidos de América.

⁹⁵ *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*. Caso CIADI ARB/11/25. Laudo del 10 de marzo de 2015, párr. 421. Ver <<https://www.italaw.com/cases/2979>>

⁹⁶ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*. Caso CAIDI ARB/09/1. Laudo del 21 de julio de 2017, párr. 1023-1040. Ver <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9237.pdf>>

La mayor parte de los reclamos de expropiación versan sobre la cuestión de si una medida es en modo alguno expropiatoria. En estos casos, cuando el tribunal considera la existencia de expropiación, casi siempre se adeuda la indemnización. Son poco frecuentes los casos en los que se reconoce la expropiación y la controversia gira en torno al monto de la indemnización; los casos en los que no se ha pagado indemnización alguna debido a que se discute la propia calificación de expropiación son la norma⁹⁷.

En ambos casos, los tribunales analizarán si el inversionista recibió el valor justo o real de mercado de la inversión expropiada, y en caso negativo, ordenará al Estado indemnizar por tal monto con más los intereses. Sin embargo, puede ser que el tribunal no considere de la fórmula del valor justo o real del mercado sea la apropiada. La razón de la desviación de la fórmula propuesta por el acuerdo de inversión se encuentra en el derecho internacional consuetudinario.

Considerando que en la mayoría de los reclamos de arbitraje Inversionista-Estado resulta aplicable el derecho internacional consuetudinario, deberá evaluarse si luego de considerar que ha operado una expropiación compensable, ésta violó con algunos de los requisitos exigidos por el acuerdo de inversión relevantes y/o con aquellos exigidos por el derecho internacional consuetudinario.

A diferencia de los acuerdos o tratados de inversión, el derecho internacional consuetudinario contiene una fórmula de compensación más elevada, dentro de lo que se conocen como las normas relativas a la responsabilidad internacional de los Estados. Esta fórmula proviene del estándar utilizado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el conocido caso *Fábrica de Chorzów* (Alemania c. Polonia) del año 1928⁹⁸. En aquella oportunidad,

⁹⁷ Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. La República Bolivariana de Venezuela. Caso CIADI ARB/10/5. Laudo del 13 de marzo de 2015, párr. 138. Ver <<https://www.italaw.com/cases/1096>>. Dicho Laudo después fue anulado de forma parcial por el Comité Ad-hoc el 27 de diciembre de 2016, únicamente en forma parcial y respecto al método de cálculo de una parte de los daños otorgados por el tribunal a la parte demandante. Para más información ver <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8027.pdf>>

⁹⁸ Después de la 1ª Guerra Mundial, Alemania y Polonia habían firmado la Convención de Ginebra sobre Alta Silesia en el año 1922. El artículo 6 de tal instrumento, estipulaba que el gobierno polaco no podía expropiar la propiedad, los derechos o los intereses de los nacionales alemanes. Luego de ello, el gobierno polaco había tomado ciertas medidas que afectaron a la compañía alemana (Bayerische), la cual tenía derechos contractuales de administración y manejo sobre la planta de nitrato *Fábrica del Choórzow* (que era de propiedad de la empresa alemana *Oberschlesische*).

el tribunal diferenció una expropiación lícita de una expropiación ilícita a los ojos del derecho internacional consuetudinario. El tribunal observó lo siguiente:

Se desprende que la indemnización del gobierno alemán no necesariamente está limitada al valor de la empresa al momento de la desposesión, más intereses a la fecha del pago. Esta limitación solo sería admisible si el Gobierno polaco hubiera tenido el derecho a expropiar, y su hecho ilícito consistiera solamente en no haber pagado a las dos Compañías el precio justo de lo que fue expropiado; en el presente caso, una limitación tal... sería equivalente a volver indiferenciables a la liquidación lícita y a la expropiación ilícita en lo que se refiere a resultados financieros⁹⁹ [Traducción hecha por el autor].

Luego de haber diferenciado que la expropiación lícita e ilícita no deben tener las mismas consecuencias financieras para el Estado que expropió, la Corte fijó el estándar de indemnización de las expropiaciones ilícitas en los siguientes términos:

El principio esencial contenido en el concepto real de un hecho ilícito [...] es que la reparación, en la medida de lo posible, elimine todas las consecuencias de un hecho ilícito y restablezca la situación que, muy probablemente, habría existido en el supuesto de que no se hubiera cometido el acto. La restitución en especie, o, de no ser posible, el pago de una suma correspondiente al valor que tendría una restitución en especie; la adjudicación, si fuese necesario, de daños por la pérdida sufrida que no estaría cubierta por la restitución en especie o el pago en lugar de esta constituyen los principios que deberían servir para determinar el monto de la indemnización por un acto contrario al derecho internacional¹⁰⁰ [Traducción hecha por el autor].

De lo anterior se desprende, que a los ojos del derecho internacional consuetudinario, una expropiación puede ser lícita o ilícita. En el primer caso se aplicará el criterio de compensación del valor justo o real de mercado

La Corte encontró que Polonia no solo había expropiado la fábrica sino que también los derechos contractuales de la otra compañía alemana. Ver Caso Fábricas de Chórzow (Alemania c. Polonia), también llamado caso sobre los intereses alemanes en la Alta Silesia Polaca. Corte Permanente de Justicia Internacional, sentencia 13 (Reclamo por indemnización) (Méritos), 13 de septiembre de 1928, serie A 17. <https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf>

⁹⁹ Caso Fábricas de Chórzow (Alemania c. Polonia), p. 47.

¹⁰⁰ *Ibid.*

de la inversión y en el segundo caso se deberá una indemnización integral que elimine todas las consecuencias del ilícito y que coloque a la víctima en la misma posición en la que habría estado si el acto no se hubiese cometido. Cuando la restitución no tiene lugar, corresponde una compensación que elimine todas las consecuencias del hecho ilícito. En términos prácticos, ello implica indemnizar por el valor justo o real de mercado y el lucro cesante, con más sus intereses.

Ahora bien, sabiendo que hay dos fórmulas de indemnización posibles, la cuestión a resolver consiste en determinar cuando corresponde utilizar la fórmula de compensación de la expropiación ilícita del derecho consuetudinario. En tal inteligencia, será importante dilucidar cuales son los requisitos que el derecho consuetudinario, a través de las normas de la responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, le impone a los Estados a la hora de expropiar. Para ello, se tomarán como punto de partida los requisitos que establecen los acuerdos o tratados de inversión, ya que en gran medida los han ido aceptando.

De los cuatros requisitos que usualmente se encuentran en los acuerdos de inversión, los tribunales arbitrales han coincidido en gran medida que tres de ellos provienen del derecho internacional consuetudinario. Es decir, que cuando se realiza una expropiación sin un propósito de utilidad pública, o de una manera discriminatoria, o sin respetar las reglas del debido proceso legal, la fórmula a seguir es la de reparación integral por actos internacionalmente ilícitos (Reinisch 2, 2008, p. 204), que fuera establecido en el caso *Fábricas de Chórzow*. Por el contrario, si se cumple con estos tres requisitos la expropiación será lícita a los ojos del derecho internacional consuetudinario y se deberá aplicar la fórmula establecida en el acuerdo de inversión.

Resta entonces analizar que ocurre con el cuarto requisito, que generalmente contienen los acuerdos de inversión, correspondiente a que el Estado deba realizar una compensación pronta, adecuada y efectiva. Esta fórmula de compensación también es llamada como *Fórmula Hull*, y no hay consenso respecto a que sea una expresión del derecho internacional consuetudinario luego de algunas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el marco del «Nuevo Orden Económico Internacional» que tuvieron lugar en el siglo XX.

Por lo tanto, si se respetaron los tres requisitos anteriores y lo único que se adeuda es la compensación, la fórmula que en principio podrá exigir el inversionista es la del valor justo o real de mercado. En tal sentido, los tribunales arbitrales han sido consistentes en requerir el cumplimiento del requisito de compensación del acuerdo de inversión o al menos que se haya hecho una oferta de compensación, para que la expropiación sea considerada como lícita (Reinisch 2, 2008, p. 204).

En el citado caso *Tidewater c. Venezuela*, el tribunal adoptó esta posición haciendo referencia a una vasta cantidad de decisiones arbitrales anteriores de la siguiente forma:

Decisiones de arbitraje de inversión más recientes respaldan también el mismo enfoque. En *Santa Elena*, el tribunal determinó una indemnización a la fecha de la toma de posesión sobre la base de que la expropiación fue legal, incluso si no se hubiese pagado indemnización alguna durante muchos años. En *Goetz c. Burundi*, el tribunal sostuvo que, al haberse cumplido todas las demás condiciones para una toma de posesión lícita, la ausencia de pago de una pronta y adecuada indemnización no era suficiente para estigmatizar a esta medida como ilícita en virtud del derecho internacional [...] En *Mondev c. EE. UU.*, el tribunal consideró que, para convertir a la expropiación en lícita en virtud del tratado (TLCAN) todo lo que se exigía era que el Estado que realizó la expropiación reconozca la obligación de indemnizar en el momento de la toma de posesión, o que exista en ese momento un procedimiento que la demandante pudiera invocar de manera pronta y efectiva en aras de garantizar la indemnización¹⁰¹.

Por su parte, en el caso *ADC c. Hungría*, el tribunal consideró que el Estado había expropiado la inversión del inversionista extranjero de manera discriminatoria, sin cumplir con las reglas del debido proceso, no existiendo propósito de utilidad pública y sin haber sido compensada. A raíz de ello, consideró que la misma había sido ilícita¹⁰².

¹⁰¹*Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. La República Bolivariana de Venezuela*, párr. 135.

¹⁰²Ver *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. La República de Hungría*. Caso CIADI ARB/03/16. Laudo del 2 de octubre de 2006, párr. 476. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>>

7. NUEVAS TENDENCIAS EN LA FORMA DE REGULAR LOS CASOS DE EXPROPIACIÓN

Dentro del derecho de las inversiones extranjeras, el derecho de la expropiación fue evolucionando y cambiando de matices. Si bien los tribunales arbitrales fueron aclarando muchas de las cuestiones que no estaban claras alrededor de la temática, los nuevos acuerdos y tratados de inversión se han nutrido de ello y han establecido criterios propios que marcan el rumbo en la materia.

Para tratar el estado actual de la regulación en materia de expropiación se analizarán los siguientes instrumentos: El TBI Modelo de los Estados Unidos de América del año 2012¹⁰³; el TBI Canadá-China del año 2012¹⁰⁴; el capítulo 10 del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico entre Chile, Colombia, México y el Perú con más los Estados asociados de 2014¹⁰⁵; el capítulo 9 del Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) entre Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam de 2015¹⁰⁶; el capítulo 8 del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá-Europa del año 2016¹⁰⁷; y el capítulo 14 del Acuerdo USMCA o también llamado Nuevo NAFTA entre Estados Unidos de América, México y Canadá del 2018¹⁰⁸.

7.1. Protección contra la expropiación directa e indirecta

Tal como tradicionalmente se ha regulado la expropiación en los acuerdos de inversión, la regla general es que los Estados no deben expropiar, salvo bajo determinadas circunstancias y bajo determinados requisitos que se verán más adelante. Es decir que el principio general es la obligación del Estado de respetar la propiedad del inversionista extranjero, y como excepción, se reconoce el derecho de los Estados de expropiar, sujeto a ciertas limitaciones.

¹⁰³ Ver <<https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>>

¹⁰⁴ Ver <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/treaty/778>>

¹⁰⁵ Ver <http://www.sice.oas.org/Trade/PAC_ALL/Pacific_Alliance_Text_s.asp#e10>

¹⁰⁶ Ver <http://www.sice.oas.org/Trade/TPP/Final_Texts/Spanish/Chapter9_s.pdf> y <http://www.sice.oas.org/Trade/TPP/CPTPP/Spanish/CPTPP_Text_s.pdf>

¹⁰⁷ Ver <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/index_es.htm>

¹⁰⁸ Ver <<https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/14%20Investment.pdf>>

La redacción en casi todos estos instrumentos es la misma, pues se señala que ningún Estado parte de tales acuerdos nacionalizará ni expropiará una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente a través de medidas de efecto equivalente a una nacionalización o expropiación. El agregado que se suele marcar es el de inversión cubierta, y no ya simplemente inversión considerando los requisitos que se les exigen a las inversiones de los extranjeros para estar cubiertas por los acuerdos de inversión respectivos.

Asimismo, todos ellos señalan de manera expresa que tal protección abarca a las dos situaciones, tanto los casos de expropiación directa como indirecta. Más allá de que todos establecen lo mismo con más o menos las mismas palabras, a modo de ejemplo, el AECG Canadá-Europa, también conocido como CETA por sus siglas en inglés, dispone que la expropiación puede ser directa o indirecta, detallando que:

- a) la expropiación directa se produce cuando una inversión se nacionaliza o se expropia directamente de otro modo mediante una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación; y
- b) la expropiación indirecta tiene lugar cuando una medida o un conjunto de medidas de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa en el sentido de que privan sustancialmente al inversor de los atributos de propiedad fundamentales en su inversión, incluido el derecho de uso, disfrute o enajenación de su inversión, sin que se haya producido una transmisión formal de la propiedad o una mera confiscación¹⁰⁹.

7.2. Condicionamientos al Derecho de expropiar de los Estados

Dentro de las expropiaciones compensables, todos los acuerdos de inversión bajo análisis contemplan los requisitos que mayormente se encuentran en cualquier TBI tradicional. El AGCE establece que ningún Estado puede expropiar salvo que cumpla con 4 requisitos: «a) por interés público; b) con

¹⁰⁹Anexo 8-A, punto 1 del AECG Canadá-Europa. Similares disposiciones contienen los demás instrumentos. Ver Anexo 10.12, puntos 2 y 3 del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Anexo 9-B, puntos 2 y 3 del Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico. Anexo 14-B, punto 2 y 3 del Acuerdo USMCA. Anexo B, punto 3 y 4 del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2012, y Anexo B-10, punto 1 del TBI Canadá-China.

arreglo al debido procedimiento legal; c) de forma no discriminatoria; y d) mediante el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva»¹¹⁰.

Sobre el último requisito relativo a la compensación, para no incurrir en un incumplimiento del acuerdo, el AECG Canadá-Europa contempla el criterio del valor justo de mercado, estableciendo que:

La compensación mencionada en el apartado 1 equivaldrá al justo valor de mercado que tenía la inversión en el momento inmediatamente anterior a que se hiciera pública la expropiación o la expropiación inminente, si esta última fecha es anterior. Entre los criterios de evaluación se incluirán el valor en funcionamiento, el valor de los activos, incluidos el valor fiscal declarado de la propiedad tangible, y otros criterios, según proceda, para determinar un valor de mercado justo [...]

La compensación incluirá también un interés a un tipo comercial normal desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago y, a fin de que sea eficaz para el inversor, deberá pagarse y transferirse, sin demora, al país que designe el inversor y en la moneda del país del que el inversor sea nacional o en cualquier moneda libremente convertible aceptada por el inversor [...]

El inversor afectado tendrá derecho, con arreglo al Derecho de la Parte expropiadora, a que un órgano judicial u otro órgano independiente de esa Parte efectúe una rápida revisión de su demanda y de la valoración de su inversión, de conformidad con los principios establecidos en el presente artículo¹¹¹.

También se contempla la posibilidad de que la compensación se realice en una moneda de libre uso o no, y en su caso, como ello repercute en la compensación. En tal sentido, el AECG Canadá-Europa establece que:

Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda de libre uso, la indemnización referida en el párrafo 1 (c) no será inferior al valor

¹¹⁰ Artículo 8.12 punto 1 del AGCE. Similares disposiciones contienen los demás instrumentos. Ver artículo 10.12 punto 1 del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Artículo 9.7 punto 1 del Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico, artículo 14.8 punto 1 del Acuerdo USMCA, artículo 6. 1 del TBI Modelo de los Estados Unidos de América, artículo 10.1 del TBI Canadá-China.

¹¹¹ Anexo 8-A punto 2 del AECG Canadá-Europa. Similares disposiciones contienen los demás instrumentos. Ver Anexo 10.12. punto 3.a del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Anexo 9-B. punto 3.a del Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico. Anexo 14-B punto 3.a del Acuerdo USMCA. Anexo B, punto 4.a. del TBI Modelo de los Estados Unidos del 2012, y Anexo B-10 punto 2 del TBI Canadá-China.

justo de mercado en la fecha de la expropiación, más intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago.

4. Si el valor justo de mercado está denominado en una moneda que no es de libre uso, la indemnización a que se refiere el párrafo 1 (c), convertida a la moneda de pago al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha del pago, no será inferior a:

(a) el valor justo de mercado en la fecha de expropiación, convertido a una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de pago, más

(b) los intereses, a una tasa comercialmente razonable para esa moneda de libre uso, acumulados desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago¹¹².

7.3. Criterios para determinar los casos de expropiación indirecta

La nueva generación de acuerdos de inversión, incluidos los capítulos de inversión de los acuerdos de libre comercio, han introducido un lenguaje específico y criterios establecidos para ayudar a determinar si se ha producido una expropiación indirecta que requiere compensación. Estos criterios son consistentes con aquellos que surgieron previamente de las decisiones arbitrales (Yannaca-Small, 2018, p. 593).

Ellos fueron mencionados anteriormente, junto con la idea de que el análisis que debía hacerse era caso por caso. Los nuevos acuerdos contemplan ambas cuestiones y echan por tierra la posibilidad de utilizar únicamente el criterio del efecto único. De esta forma, el AECG Canadá-Europa establece que:

La determinación de si una medida o un conjunto de medidas de una parte, en una situación de hecho concreta, constituyen una expropiación indirecta exige una investigación caso por caso y basada en hechos, que tenga en cuenta, entre otros, los factores siguientes:

- a) el impacto económico de la medida o el conjunto de medidas, si bien el hecho de que una medida o un conjunto de medidas adoptadas por una Parte tenga un efecto adverso en el valor económico de una inversión no demuestra, por sí solo, que se haya producido una expropiación indirecta;
- b) la duración de la medida o del conjunto de medidas de una parte;

¹¹²Artículo 8.12. puntos 2 a 4 del AECG Canadá-Europa.

- c) el grado en que la medida o el conjunto de medidas interfiere con expectativas claras, razonables y respaldadas por inversiones; y
- d) el carácter de la medida o el conjunto de medidas, en particular su objetivo, contexto y finalidad¹¹³.

7.4. Reconocimiento expreso de la doctrina del poder de policía

Una tendencia generalizada, que no se encuentra usualmente en los acuerdos de inversión firmados en las pasadas décadas de los ochenta y noventa, es el reconocimiento de la potestad regulatoria bajo la doctrina del poder de policía de los Estados, como excepcionante de la responsabilidad estatal de compensar.

La nueva oleada de acuerdos de inversión contiene disposiciones que establecen aquellos casos de regulaciones estatales, que llevadas a cabo de una determinada forma, no constituirán casos de expropiación por considerarse que persiguen objetivos legítimos de bienestar público. Uno de los primeros acuerdos en donde puede encontrarse una norma de este tipo es en el TBI Modelo de los EE.UU. de 2004, que luego reemplazó el TBI Uruguay-EE.UU. suscrito en 2005¹¹⁴. Ambos instrumentos disponen que:

Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas las acciones regulatorias no discriminatorias a cargo de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente¹¹⁵.

En similar sentido, el TBI Modelo de Canadá del 2004 establece que:

Excepto en circunstancias excepcionales, como cuando una medida o una serie de medidas son tan severas a la luz de su propósito que no pueden considerarse razonablemente como adoptadas y aplicadas de buena fe, medidas no discriminatorias de una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger los objetivos legítimos de bienestar público, como

¹¹³Anexo 8-A punto 2 del AECG Canadá-Europa. Anexo B punto 4.a del TBI Modelo de los Estados Unidos de América del 2012. Anexo 14.B punto 3 del Acuerdo USMCA. Anexo 9-B punto 3 del Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico. Anexo 10.12 punto 3.a del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Anexo B.10 punto 2 del TBI Canadá-China.

¹¹⁴Ver <http://www.sice.oas.org/TPD/URY_USA/Negotiations/text_s.pdf>

¹¹⁵Anexo B punto 4.b del TBI Uruguay-EE.UU y del TBI Modelo de los EE.UU. del año 2004.

la salud, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta¹¹⁶.

Años más tarde, los nuevos TBI Modelo de los EE.UU. y de Canadá de 2012 reafirmaron las disposiciones recién analizadas incluyéndolas nuevamente. De esta forma, se acentúa el reconocimiento de que ciertas medidas adoptadas en el marco del poder de policía no constituyen expropiaciones indirectas.

Más recientemente, esta misma línea fue seguida por los demás instrumentos bajo análisis. Así tenemos que el TBI Canadá-China y el AECG Canadá-Europa siguieron la redacción del TBI Modelo de Canadá de 2004 y 2012. Por su parte, el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, el Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico, y el Acuerdo USMCA siguieron la redacción del TBI Modelo de EE.UU. de 2004 y 2012.

8. CONCLUSIÓN

A lo largo del trabajo se pudo apreciar que los reclamos de expropiación por parte de los inversionistas extranjeros siguen siendo recurrentes a pesar de que no son muchos los casos en donde estos prosperan, por lo cual siguen siendo un desafío para los estados a la hora de regular sin dejar de atraer inversiones.

Asimismo, quedo evidenciado que los reclamos por expropiaciones que son más habituales y que presentan la mayor dificultad son los de expropiación indirecta. En tal sentido, a lo largo de los años los tribunales arbitrales fueron abordando la temática y tuvieron que ir sorteando la falta de definición del concepto de expropiación indirecta en los acuerdos y tratados de inversión.

Desde hace ya varias décadas, se afirmó la postura de que el abordaje tiene que ser caso por caso, pero también como guía se fueron reconociendo ciertos criterios a contemplar dentro de las circunstancias de cada caso. En tal sentido, comúnmente se analiza el grado de intensidad de la interferencia en los derechos de propiedad del inversor, la frustración de las expectativas legítimas de los inversionistas, si la medida fue proporcional, transparente, no arbitraria y no discriminatoria.

¹¹⁶Traducción propia. Anexo B.13(1) del TBI Modelo de Canadá de 2004. <<https://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>. Similar redacción contiene el Anexo 10.B punto 3 del TBI Canadá-China de 2012 y el TBI Modelo de Canadá de 2012.

Además de los criterios ya mencionados, también los tribunales arbitrales han ido dejando de lado el análisis basado únicamente basado en los efectos sobre la propiedad del inversionista para pasar a un análisis más equilibrado que contemple también la finalidad y el propósito de las medidas estatales. En este marco, merece especial atención el reconocimiento que progresivamente fue teniendo la doctrina del poder de policía. Si bien la palabra final dependerá de las disposiciones del acuerdo de inversión relevante, se pudo evidenciar que actualmente se considera que esta doctrina proviene del derecho internacional consuetudinario, por lo que será de aplicación esta doctrina a pesar de no estar regulada de manera expresa. Los nuevos tratados y acuerdos de inversión receptaron las decisiones de los tribunales arbitrales, y en tal inteligencia una nueva generación de acuerdos de inversión se caracterizan por contemplar expresamente la protección contra la expropiación directa e indirecta; así también, contemplar que el análisis debe ser caso por caso y que se deberán analizar varios criterios para darle una mayor claridad al reconocimiento de las potestades de regulación legítima por motivos de bienestar público a través de disposiciones expresas. Sobre esto último, se resalta que cuando el Estado actúe en ejercicio del poder de policía, no deberá compensar al inversionista extranjero afectado.

Finalmente, otro de los puntos que ha generado debate ha sido el del estándar de compensación que deben seguir los tribunales arbitrales ante los planteos de expropiación. En tal sentido, se tiende a reconocer que si el Estado tomó la medida por un propósito de utilidad pública, de manera no discriminatoria, respetando el debido proceso y al menos haber ofrecido una compensación o negociar de buena fe ello, el tribunal utilizará la fórmula del valor justo o real de mercado. Si alguno de los requisitos anteriores no se cumplen, el Estado debe una indemnización integral que elimine todas las consecuencias del ilícito y que coloque a la víctima en la misma posición en la que habría estado si el acto no se hubiese cometido. En este último caso se hablará de expropiación ilícita, a diferencia del primer caso que se tratará de un caso de expropiación ilícita.

La temática de la expropiación dentro del derecho de las inversiones extranjeras ha evolucionado y continuará evolucionado conforme lo haga el dinámico fenómeno de las inversiones. La práctica arbitral y los acuerdos de inversión de los últimos años han clarificado muchas de las incertidumbres y obsolescencias que presentaba el sistema. En tal sentido, el derecho de la

expropiación parece ir encontrando un equilibrado nivel de madurez en el cual se contemplan no solo los intereses de los inversionistas extranjeros sino también los de la sociedad en su conjunto, en cuyo nombre actúa el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Asteriti, A. (2014). Regulatory Expropriation Claims in International Investment Arbitrations: A Bridge Too Far? En A.K. Bjorklund, *Yearbook on International Investment Law and Policy 2012–2013* (pp. 451-473). Oxford: Oxford University Press.
- Bonnitcha, J.; N. Skovgaard Poulsen & M. Waibel (2017). Standards of Investment Protection. En J. Bonnitcha, N. Skovgaard Poulsen, & M. Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (p. 93). Oxford: Oxford University Press.
- Dani, M. & A. Akhtar-Khavari (2015). The Uncertainty of Legal Doctrine in Indirect Expropriation. Cases and the Legitimacy Problems of Investment Arbitration. En *Journal Title Widener Law Review*, 22, 21. <http://widenerlawreview.org>
- Dolzer, R. & C. Schreuer (2012). Protection from Expropriation. En R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*. Second Edition (pp. 98-120). Oxford: Oxford University Press.
- Dugan C.F.; Wallace, D. Jr.; Rubins, N. & B. Sabahi (2008). Expropriation. En C.F. Dugan, Don Wallace, Jr. N. Rubins, S. Borzu, *Investor-State Arbitration* (pp. 429-490). Oxford University Press.
- Herdegen, M. (2012). *Derecho Económico Internacional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario (Facultad de Jurisprudencia) y Fundación Konrad Adenauer.
- Higgins, R. (1982). The taking of property by the State: Recent Developments in International Law. En The Hague Academy of International Law, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 176(271).
http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pp1rdc_ej.9789024728473.259_392
- Hoffmann, A.K. (2008). Indirect Expropriation. En A. Reinisch, *Standards of Investment Protection Inc.* (pp. 151-166). Oxford: Oxford University Press.
- International Law Commission (2001). Draft Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts (Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por actos ilegales internacionales, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésimo-tercera sesión).

- http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm
- McLachlan, C.; Shore, L. & M. Weiniger (2017). Expropriation. En C. MacLachlan, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Second edition (p. 389). Oxford: Oxford University Press.
- OCDE (2004). Indirect Expropriation and the «Right to Regulate». En *International Investment Law, Documentos de Trabajo de la OCDE sobre Inversión Internacional*, 4, 5. OECD Publishing. https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf
- Páez, M. (2006). La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. *Estudios*, 39(153), p. 5. <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/14421/18979>
- Paulsson, J. & Z. Douglas (2004). Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations. En S. Michael Kröll & N. Horn, *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects. Studies in Transnational Economic Law*, 19 (pp. 145-158). Kluwer Law International.
- Reinisch, A. (2008a). Expropriation. En P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer, *The Oxford Handbook of International Investment Law* (pp. 410-434). Oxford University Press.
- Reinisch, A. (2008b). Legality of Expropriations. En A. Reinisch, *Standards of Investment Protection* (p. 204). Oxford: Oxford University Press.
- Reisman, M. & R.D. Sloane (2004). Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation. En *British Yearbook of International Law* (p. 123), 74(1). Oxford: Oxford University Press.
- Salacuse, J.W. (2015). Protection Against Expropriation, Nationalization and Dispossession. En J.W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*. Second edition (pp. 335-339). Oxford: Oxford University Press.
- Schreuer, C. (2005) The concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties. *TDM Journal*, 2(5), 1-25. www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=596
- Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Third edition. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wälde, T. & A. Kolo (2001). Environmental Regulation, Investment Protection and «Regulatory Takings» in International Law. En *The International and Comparative Law Quarterly*, 50(4), 835. Cambridge University Press & the British Institute of International and Comparative Law.

Yannaca-Small, K. (2005). Indirect Expropriation and the Right to Regulate. En OECD *International Investment Law. A Changing Landscape*. <http://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/40077899.pdf>

Yannaca-Small, K. (2018). Guide to Key Substantive Issues, 22 Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Has the Line Been Drawn? En K. Yannaca-Small, *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*. Second Edition (pp. 563-576). Oxford: Oxford University Press.

Casos arbitrales

A11Y LTD. c. República Checa. Caso CIADI UNCT/15/1. Laudo del 29 de junio de 2018. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ViewRecentUpdates.aspx?view=RECPUBLISHED>

ACP Axos Capital GmbH c. La República de Kosovo. Caso CIADI ARB/15/22. Laudo del 3 de mayo de 2018. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ViewRecentUpdates.aspx?view=RECPUBLISHED>

ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. La República de Hungría. Caso CIADI ARB/03/16. Laudo del 2 de octubre de 2006. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>

Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania. Caso CIADI ARB/07/16. Laudo del 8 de noviembre de 2010. <https://www.italaw.com/cases/71>

Archer Daniels Midland Company & Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI ARB(AF)/04/5. Laudo del 21 de noviembre de 2007. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0038.pdf>

Azurix Corp. v. The Argentine Republic. Caso CIADI ARB/01/12. Laudo del 14 de julio de 2006. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0062.pdf>

Biloune and Marine Drive Complex Ltd c. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana. Laudo del 27 de octubre de 1989, 95 ILR, 1989.

Chemtura Corporation v. Government of Canada. Arbitraje Ad-hoc bajo las reglas CNUDMI. Laudo del 2 de agosto de 2010. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0149_0.pdf

CME Czech Republic B. c. The Czech Republic. Arbitraje bajo las Reglas de la CNUDMI. Laudo parcial del 13 de setiembre de 2001. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0178.pdf>

- CMS Gas Transmission Company c. La República de Argentina. Caso CIADI ARB/01/8. Laudo del 12 de mayo de 2005. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>
- Compañía Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. La República de Costa Rica. Caso CIADI ARB/96/1. Laudo del 17 de febrero del 2000. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>
- Eudoro Armando Olguín c. Republic of Paraguay. Caso CIADI ARB/98/5. Laudo del 26 de julio del 2001. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0586.pdf>
- Eureko B.c. c. Republic of Poland. Arbitraje Ad-Hoc bajo las Reglas CNUDMI. Laudo del 19 de agosto de 2005. <https://www.italaw.com/cases/412>
- Fireman's Fund Insurance Company c. Los Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI ARB(AF)/02/01. Laudo del 17 de julio de 2006. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1609/laudo_esp_Insurance.pdf
- Generation Ukraine c. Ucrania, Caso CIADI ARB/00/9. Laudo del 16 de septiembre de 2003. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>
- Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. c. República de Croacia. Caso CIADI ARB/12/39. Laudo del 25 de julio de 2018. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ViewRecentUpdates.aspx?view=RECPUBLISHED>
- International Thunderbird Gaming Corporation c. The United Mexican States. Arbitraje bajo las reglas CNUDMI en el marco del TLCAN. Laudo del 26 de enero de 2006. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8080.pdf>
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. República Argentina. Caso CIADI ARB/02/1. Laudo del 3 de octubre de 2006. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0461.pdf>
- Marvin Feldman c. México, Caso N° ARB(AF)/99/1. Laudo del 16 de diciembre de 2002. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0320.pdf>
- Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI ARB(AF)/97/1. Laudo del 30 de agosto del 2000.: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>.
- Methanex Corporation c. Estados Unidos de América bajo las reglas CNUDMI. Laudo Definitivo del 3 de agosto de 2005, Methanex (RLA-164). <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

- Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. La República Árabe de Egipto. Caso CIADI ARB/99/6. Laudo de 12 de abril de 2002. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0531.pdf>
- Occidental Exploration and Production Company c. La República de Ecuador. Caso UN3467 administrado por la LCIA. Laudo del 1 de julio de 2004. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8648.pdf>
- OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela. Caso CIADI ARB/11/25. Laudo del 10 de marzo de 2015. <https://www.italaw.com/cases/2979>
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A.Y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental Del Uruguay (Caso CIADI ARB/10/7). Laudo del 8 de julio de 2016. https://medios.presidencia.gub.uy/tav_portal/2016/noticias/NO_U130/laudo_spa1.pdf
- Saluka Investments B.V. c. The Czech Republic. Arbitraje Ad-hoc bajo las reglas de la CNUDMI. Laudo del 17 de marzo de 2006. <https://www.italaw.com/cases/961>
- S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Laudo del 13 de noviembre de 2000. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>
- Société Générale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. c. The Dominican Republic, Arbitraje administrado por la LCIA bajo las reglas de la CNUDMI. Award on Preliminary Objections to Jurisdiction. Decisión del 19 de setiembre de 2008. <https://www.italaw.com/cases/documents/1040>
- Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt. Caso CIADI ARB/84/3. Laudo del 20 de mayo de 1992. <https://www.italaw.com/cases/3300>
- Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI bajo el Mecanismo Complementario ARB (AF)/00/2. Laudo del 29 de mayo de 2003. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>
- Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina. Caso CAIDI ARB/09/1. Laudo del 21 de julio de 2017. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9237.pdf>
- Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. c. La República Bolivariana de Venezuela. Caso CIADI ARB/10/5. Laudo del 13 de marzo de 2015. <https://www.italaw.com/cases/1096>

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. La República Argentina. Caso CIADI ARB/07/26. Laudo del 8 de diciembre de 2016. <https://www.italaw.com/cases/1144>

Waste Management, Inc. c. United Mexican States (Number 2). Caso CIADI ARB(AF)/00/3. Laudo del 30 de abril de 2004. <https://www.italaw.com/cases/documents/1161>

Casos de la Corte Permanente de Justicia Internacional

Caso Fábricas de Chórzow (Alemania c. Polonia), también llamado caso sobre los intereses alemanes en la Alta Silesia Polaca. Corte Permanente de Justicia Internacional, sentencia 13 (Reclamo por indemnización) (Méritos). 13 de septiembre de 1928, serie A 17. https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf

¿EL ARBITRAJE POTESTATIVO FOMENTA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

André Cossio Peralta

1. INTRODUCCIÓN

Recurrir al arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, responde a la voluntad de las partes. La esencia de esta herramienta alternativa a la clásica forma heterónoma de solución de los conflictos radica, principalmente, en la voluntad de las partes en decidir que un tercero imparcial solucione definitivamente la controversia mediante un laudo. Esta característica fundante de la institución arbitral y que debiera presentarse en todo tipo de arbitrajes tiene sus «matices» en el derecho laboral peruano en el ámbito del arbitraje para la solución de conflictos colectivos de trabajo.

En efecto, a la fecha, el derecho peruano admite que en el sistema de relaciones colectivas de trabajo coexistan hasta tres formas de arbitrajes: obligatorio, voluntario y potestativo. Esta última modalidad determina que, si una de las partes decide someter un diferendo al arbitraje, la otra quede obligada por la decisión de su contraparte a aceptar la jurisdicción arbitral. Se prescinde, por tanto, de la voluntad de una de las partes en conflicto para que se recurra al arbitraje.

El arbitraje potestativo saltó a la palestra por primera vez con el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional (TC) en el caso del Sindicato de los Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAMPORC)¹. El TC dispuso que se podía recurrir a esta modalidad de arbitraje si, en la primera negociación, las partes no llegaban a un consenso sobre el nivel en el que se desarrollaría la negociación colectiva. Además, el

¹ Ver expediente 03561-2009-AA/TC y Resolución Aclaratoria.

TC acotó que el arbitraje regulado en el artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) era de naturaleza potestativa; es decir, que si se agota el trato directo, la conciliación y la mediación, y si una de estas decide recurrir al arbitraje, la otra estaba obligada a acatar dicha decisión.

A partir de este pronunciamiento, se modificó el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (RLRCT)² y, con ello, se formalizó³ el arbitraje potestativo estableciéndose las causales expresas para recurrir a esta vía, a lo que se le denominó arbitraje potestativo causado. El TC emite otras sentencias (expedientes 2566-2012-PA/TC y 03243-2012-PA/TC), a través de las cuales se interpretó que el arbitraje del artículo 61 de la LRCT era de naturaleza incausada; vale decir, no se requiere motivación alguna para que una parte decida recurrir al arbitraje y así se resolviera definitivamente el conflicto colectivo.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por su parte, reafirmó el criterio adoptado por el TC e incluso descartó que la incorporación de causales para la procedencia del arbitraje potestativo a través del RLRCT hubiese sido efectuada al margen de lo previsto en la LRCT⁴. En términos generales, la Corte Suprema, al igual que el TC, señalan que esta es la modalidad de arbitraje que prevé el artículo 61 de la LRCT y, a su vez, que es conforme con el deber de fomento de la negociación colectiva y a la solución pacífica de las controversias previstos en el artículo 28 de la Constitución, pues si bien se reconoce el derecho fundamental a la huelga, esta no podría ser promovida, ni fomentada.

Pronto se cumplirá una década de la aparición jurisprudencial y legal del arbitraje potestativo en el escenario de las relaciones colectivas de trabajo; por eso, se debe examinar las premisas sobre las que se ha erigido o si esta modalidad de arbitraje fomenta la negociación colectiva y, por supuesto, si es compatible con los preceptos que imperan la práctica arbitral en nuestro país.

² El 17 de setiembre de 2011 se promulgó el decreto supremo 014-2011-TR que incorporó el artículo 61-A al decreto supremo 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y se creó el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas.

³ Decimos «formalizó», pues un sector importante de la doctrina nacional (Ferro Delgado, Blancas Bustamante, Morales Corrales, Villavicencio Ríos, Neves Mujica, entre otros) sostiene que esta forma de arbitraje se encontraba así previsto desde la promulgación del decreto ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

⁴ Sentencia de Acción Popular N° 5132-2014 – Lima de fecha 13 de agosto de 2015, publicada en el Boletín de Procesos Constitucionales del diario oficial El Peruano el día 18 de junio de 2016.

2. EL CONFLICTO LABORAL COLECTIVO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las relaciones entre empleadores y trabajadores determinan un constante conflicto de intereses contrapuestos. Así, por un lado, los empleadores tienen un interés legítimo en la continuidad de la producción y que exista un clima de paz por determinado periodo de tiempo; mientras que, por otro lado, a dicho interés se le contraponen el interés de los trabajadores de mantener o asegurarse determinadas condiciones de trabajo y empleo (Freund, 1987, p. 113). Se trata, pues, de un conflicto de naturaleza social, al producirse entre actores o individuos que tienen posiciones encontradas ante la distribución de los recursos, la que se pone de manifiesto en una estructura desigual de relaciones sociales (Albalate, 2015, p. 380).

Este conflicto laboral y, por ende, social tendrá presencia constante en el sistema de relaciones sociales, pues, paradójicamente, a mayor crecimiento económico, mayor se acrecienta la brecha de desigualdad (Albalate, 2015, p. 381). Este conflicto puede ser individual, cuando afecte a un solo trabajador, o colectivo, si lo hace a un grupo o categoría de trabajadores.

Los conflictos laborales pueden distinguirse entre conflictos jurídicos y de intereses. En los primeros, el conflicto versa sobre un problema de interpretación o de aplicación de derechos, ya sea que emane sobre el sentido de una norma, ley o convenio colectivo. En cambio, en el segundo, el conflicto se producirá por aspectos de regulación, reglamentación, en general, aspectos que involucran temas de índole netamente empresarial que pueden afectar las condiciones de trabajo o empleo de los trabajadores (Cialti, 2016, p. 176).

El conflicto laboral, tanto individual como colectivo, no puede desaparecer del sistema de relaciones laborales. Pretender la existencia de una permanente relación de armonía y paz laboral es aspirar a un escenario hipotético y/o ficticio de nula materialización. No obstante, al no poder eliminar el conflicto laboral, los ordenamientos prevén la implementación de una serie de herramientas y disposiciones para regular el conflicto laboral, entre las cuales la negociación colectiva se erige como el mecanismo más importante de regulación de este conflicto (Albalate, 2015, p. 385).

En efecto, serán los interlocutores sociales, a través de la negociación colectiva, quienes podrán definir los mecanismos e instrumentos necesarios para regular las condiciones que regirán su relación. Para Gernigon, Odero y Guido (2000) —recogiendo la definición de la Organización Internacional

del Trabajo (OIT)— la negociación colectiva será la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un acuerdo colectivo con carácter vinculante para las partes (p. 39).

Por ende, Freund (1987) sostiene que la contraposición de intereses entre empleadores y sindicatos conlleva a la capacidad de que mediante su actuación autónoma puedan crear normas, relevando así a leyes de las funciones de regular su relación (p. 116). La negociación colectiva, por tanto, tiene el poder generar normas que gozarán de mayor validez y aceptación por parte de los interlocutores sociales, precisamente porque emanan de su propia autonomía, a diferencia de lo que sucede con las normas heterónomas que vienen impuestas desde el Estado.

En esta línea de pensamiento, Ferro (2011) resalta que la negociación colectiva cumple un rol de adaptación flexible a las cambiantes condiciones de trabajo, toda vez que son los propios interlocutores sociales que definen como enfrentar un mercado dinámico, comparten sus beneficios o gradúan sus inequidades (p. 53). De igual parecer es Villavicencio (1991), para quien la negociación colectiva es el instrumento más trascendente de prevención y composición de conflictos laborales, a tal punto que «[...] induce al Estado a promover su desarrollo dónde se encuentra débil [...]» (p. 54).

El artículo 28 de la Constitución reconoce expresamente el derecho a la negociación colectiva. El TC, recogiendo las definiciones establecidas por la OIT en la recomendación 91 y lo previsto en el artículo 2 del Convenio OIT 154, señala que por negociación colectiva se entiende a:

[...] todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores por otra, para regular [...] las condiciones de trabajo y empleo; relaciones entre empleadores y trabajadores; y trabajadores; las relaciones entre empleadores o sus organizaciones con las organizaciones de trabajadores⁵.

La negociación colectiva será el procedimiento y/o conjunto de procedimientos con miras a llegar a un acuerdo sobre las materias objeto de negociación que, de lograrse, se materializará en un producto normativo, esto es, el convenio colectivo de trabajo (Babace, 2011, p. 93) que tendrá plena vigencia, eficacia

⁵ Fundamento jurídico 9 de la sentencia recaída en el expediente 03561-2009-AA/TC.

y legitimidad entre las partes, por ser una manifestación de la autonomía colectiva⁶ de los interlocutores sociales.

Sin embargo, para que exista propiamente una negociación, ambas partes —empleadores y sindicatos— deben tener la capacidad de perjudicar a su contraparte, pues, de lo contrario, se trataría de una imposición de condiciones de la una sobre la otra (Albate, 2015, p. 385). Por la parte trabajadora, el mecanismo que, por excelencia, se erige para este efecto es la huelga, dado que la organización sindical tendrá la potestad de interrumpir intencionalmente y por un periodo de tiempo sus actividades laborales, lo que alterará el curso normal del proceso productivo de su empleador.

La negociación colectiva, en rigor, es una forma de autocompositiva de solución de conflictos, pues responderá a la voluntad de ambas partes —empleadora y trabajadora— determinar las condiciones que deben aplicarse y cumplirse para que, de ser el caso, se suscriba una convención colectiva de trabajo que resuelva el conflicto laboral.

3. EL MODELO DE ARBITRAJE COLECTIVO LABORAL PERUANO Y LOS FUNDAMENTOS DEL ARBITRAJE POTESTATIVO

En el Perú se permite que las partes negocien colectivamente «[...] las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores [...]»⁷. De esta manera, de celebrarse una convención colectiva de trabajo, se habría dado solución a un conflicto colectivo laboral de intereses. Sin embargo, la LRCT no habilita a las partes a que negocien sobre las formas que podrían aplicar para solucionar sus conflictos.

La negociación colectiva transita por un procedimiento que puede dividirse en el trato directo y la utilización de los medios de auxilio de la negociación colectiva (conciliación y mediación)⁸. En estas etapas se admite la intervención de terceros ajenos a la negociación colectiva para que se acerquen las posiciones de las partes en conflicto y se pueda lograr a un

⁶ Villavicencio Ríos define la autonomía colectiva como el «elenco de facultades de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses (contrapuestos o coincidentes)» (2009, p. 34).

⁷ Artículo 42 de la LRCT.

⁸ Se recurre a estas etapas cuando las partes dan por terminado el trato directo.

acuerdo, sin que dicha intervención o participación reste protagonismo a la autonomía colectiva de los interlocutores sociales. De esta manera, se produce una autocomposición del conflicto, en tanto las partes de manera directa solucionarían sus controversias (Blancas, 2011, p.2).

En caso las partes no hayan arribado a un acuerdo, ya sea en el trato directo o vía la conciliación y mediación, aparece el arbitraje como una alternativa heterocompositiva para resolver el conflicto de intereses —no jurídico— entre las partes. A diferencia del trato directo y de los mecanismos de auxilio a la negociación colectiva, en el arbitraje la solución viene impuesta por un tercero imparcial. Por esta razón, Cruz Villalón (2007) califica al arbitraje como «la fórmula más intensa de intervención de un tercero en la resolución de los conflictos laborales» (p. 911).

Este arbitraje está estructurado bajo la figura de la oferta final (*final offer arbitration*), de modo tal que el Tribunal Arbitral debe optar por una de las propuestas finales en su integridad, no pudiendo combinar las propuestas que estas hayan efectuado, sin perjuicio de que se le reconozca la facultad de atenuar⁹ posiciones extremas, al tratarse de un fallo de equidad¹⁰. Sin embargo, creemos que nuestra legislación ha adoptado una mezcla del arbitraje de equidad y del arbitraje de últimas ofertas.

En efecto, en el primero se trata de resolver teniendo en cuenta la realidad de las relaciones laborales y cómo la decisión se ejecutará en la empresa o en el centro de trabajo (Mellado, 2011, p. 23). Existe, por tanto, una amplia flexibilidad para el árbitro o tribunal arbitral. En cambio, Ojeda (2003) —recurriendo a la clasificación efectuada por Kochan—, señala que, en el arbitraje de oferta final, el árbitro o tribunal podría elegir separadamente por temas las ofertas del sindicato o de los empleadores; o en bloque, escogiendo íntegramente la propuesta de una de las partes (p. 643). De esta manera, el árbitro o el tribunal arbitral carece de margen de acción, quedando circunscrito a las propuestas finales de las partes.

⁹ De manera reciente, en la Apelación Laboral 1094-2018-LIMA, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que la palabra «atenuar» debe entenderse en el sentido gramatical del término; es decir, disminuir. Por tanto, los tribunales arbitrales no están facultados a aumentar o incrementar la propuesta final de la empresa en vías de atenuación de la misma.

¹⁰ Artículo 65 de la LRCT.

Bajo este modelo mixto de arbitraje de equidad y de ofertas finales se desarrolla el arbitraje potestativo. Así, si una de las partes decide someter la controversia a este mecanismo de solución de conflictos; la otra quedará obligada a acudir a esta vía y deberá acatar el laudo arbitral que, acogiendo alguna de las propuestas finales presentadas, resolverá la controversia.

Los argumentos y/o fundamentos que la jurisprudencia (TC y Corte Suprema) y un sector importante de la doctrina nacional¹¹ han esbozado para justificar este tipo de arbitraje, se resumen en los siguientes:

- Desde la promulgación de la LRCT se diseñó un arbitraje potestativo, pero únicamente para la parte trabajadora (Blancas, 2015).
- Si el arbitraje fuera voluntario para la parte trabajadora, la negativa de la parte empleadora forzaría a la organización sindical a recurrir a la huelga, lo cual sería contrario al deber de promover la solución pacífica de los conflictos laborales previsto en la Constitución (Ferro, 2011).
- El arbitraje potestativo es una forma de manifestación del deber de fomento de la negociación colectiva previsto en la Constitución (Boza y Aguinaga, 2013).

A continuación, dedicaremos algunas breves líneas a examinar si, en efecto, se verifican los fundamentos que sustentan el denominado arbitraje potestativo.

4. EL ARBITRAJE POTESTATIVO: PERIODO 1992 HASTA LA SENTENCIA SUTRAMPORC

Un sector de la doctrina nacional señala que esta modalidad de arbitraje emana de una interpretación —no de una disposición expresa de ley— de lo regulado en los artículos 61 y 63 de la LRCT, y el artículo 4° de su Reglamento. En efecto, en la medida que la negociación colectiva prevé el tránsito de determinadas etapas, la LRCT prevé que, si luego de agotado el trato directo y la conciliación y no se haya arribado a un acuerdo, «[...] podrán las partes podría someter el diferendo a arbitraje» (artículo 61 de la LRCT). Sin embargo, la frase «podrán las partes» debía entenderse referida solamente a la parte trabajadora, toda vez que si los trabajadores optaban

¹¹ Ferro Delgado, Blancas Bustamante, Pasco Cosmópolis, Villavicencio Ríos, Neves Mujica, Boza Pro, entre otros.

por ejercer el derecho de huelga (artículo 62 de la LRCT) y luego quisieran someter el diferendo al arbitraje, se estableció que solo en este último caso era necesaria la aceptación del empleador (artículo 63 de la LRCT).

Bajo esta interpretación, si la parte trabajadora solicitaba someter la controversia al arbitraje al culminar el trato directo o la conciliación administrativa, el empleador debía acudir a dicha vía por la sola voluntad de su contraparte (Blancas, 2015, p. 166).

El arbitraje voluntario —que requiere la voluntad de ambas partes— quedaba reducido al supuesto en el que los trabajadores hayan decidido acudir a la huelga y luego decidan recurrir al arbitraje. Aquí se da la opción al empleador de acoger o no la propuesta del sindicato de someter la controversia al arbitraje, debido a que la propia parte trabajadora, al ejercer su derecho de huelga, había descartado acudir a esta forma de solución pacífica del conflicto (Ferro, 2011, p. 63).

Sin embargo, esta tesis del arbitraje potestativo se enfrentaba a un obstáculo previsto en el Reglamento de la LRCT. En efecto, el artículo 49 de dicho cuerpo normativo disponía —y aún dispone— que la decisión de someter la controversia arbitraje debía constar en un acta de compromiso arbitral.

Así, a pesar de que se reclamaba la existencia del arbitraje potestativo, la solicitud de los organismos gremiales estaba sujeta a que su contraparte suscribiera el referido compromiso arbitral. Por tanto, el proclamado arbitraje potestativo, en la práctica, era un arbitraje voluntario.

Ahora bien, esta modalidad de arbitraje, según esta tesis, se encuentra vigente desde la promulgación del texto original del decreto ley 25593, vale decir, desde el día 2 de julio de 1992. Sin embargo, Ojeda, en el año 1995 —a los pocos años de vigencia de la LRCT— expresó que con el decreto ley 25593 en el Perú se instauró un modelo de arbitraje voluntario, dejando de lado el modelo marcadamente intervencionista en el que la negociación, conciliación y arbitraje se colocaban como etapas subsecuentes en la que la única importante era el arbitraje obligatorio que fuera luego sustituido por la resolución administrativa por parte del Estado (1995, p. 150).

De manera más enfática, Elías (2015) señaló que el arbitraje potestativo no existía como concepto en el año 1992, por lo que, si la doctrina no conocía este tipo de arbitraje, mucho menos podía haber sido pensado por el legislador

al momento de la expedición del decreto ley 25933, máxime si esta modalidad es contraria a la naturaleza voluntaria del arbitraje (p. 4). De igual parecer es Ramírez, quien expresamente sostuvo que:

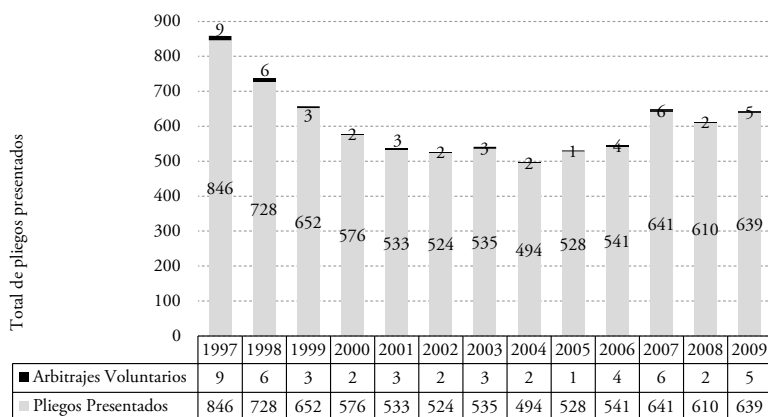
[...] el texto original del decreto ley 25593 estableció la existencia del arbitraje voluntario como primera posibilidad y el obligatorio para casos excepcionales. Durante 19 años, se mantuvo la interpretación del arbitraje voluntario, sin embargo, de la noche a la mañana apareció el arbitraje potestativo incausado (p. 881).

De acuerdo con los datos estadísticos procesados por Canessa (2016), durante el periodo comprendido entre 1993 al año 2000, del total de negociaciones colectivas desarrolladas en dicho periodo tan solo el 1.1% de estas se resolvieron a través de laudos arbitrales. Esto evidencia que el arbitraje no era la forma utilizada para resolver las negociaciones colectivas (p. 228). Por el contrario, los interlocutores sociales preferían resolver el conflicto a través del trato directo al representar un 49.7% del total de negociaciones desarrolladas en ese periodo (Canessa, 2016, p. 227).

Más aún, en el siguiente gráfico se aprecia con claridad que de los arbitrajes desarrollados en el periodo comprendido entre el año 1997 y fines del año 2009 (hasta antes de la emisión de la Resolución Aclaratoria del TC en el caso SUTRAMPORC) ningún pliego de reclamos fue resuelto mediante arbitrajes potestativos, sino mediante arbitrajes voluntarios.

Gráfico 1

Perú: pliegos presentados y arbitrajes voluntarios, 1997-2009 (Totales)



Fuente: Anuario Estadístico Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 1997-2009. Elaboración propia

En este periodo, el TC reconoció que el arbitraje previsto en la LRCT era de naturaleza voluntaria, pues en la sentencia expedida en el caso de la Ley Marco del Empleo Público señaló lo siguiente:

El arbitraje puede surgir como consecuencia de una sumisión voluntaria, en donde las partes en conflicto, a través de sus negociadores, acuden a un tercero neutral para la solución del conflicto; o de una sumisión obligatoria en donde las partes quedan vinculados a los resultados de un arbitraje por mandato de la ley¹².

Sobre la base de la información estadística y lo expuesto por el TC, podemos concluir que, durante el periodo comprendido entre el año 1992 hasta el 10 de junio de 2010 —fecha de emisión de la Resolución Aclaratoria del TC en el caso SUTRAMPORC— no existía el arbitraje potestativo, rigiendo solamente el arbitraje voluntario y el arbitraje obligatorio para casos excepcionales¹³.

5. EL ARBITRAJE POTESTATIVO, LA SOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS Y LA HUELGA

Uno de los principales fundamentos para sustentar el arbitraje potestativo —como ya se dijo en el punto 2 del presente trabajo— radica en evitar que la parte trabajadora se vea obligada a recurrir a la huelga, cuando su contraparte se niega a acudir a un arbitraje voluntario. Así, si bien la Constitución reconoce el derecho a la huelga, no puede promoverla ni fomentarla, pues ello infringiría el deber de promover la solución pacífica de las controversias. En otras palabras, bajo esta tesis, el arbitraje voluntario promueve el derecho a la huelga. No compartimos esta posición.

El derecho de huelga es un derecho fundamental reconocido como tal por nuestra Constitución y es un instrumento legítimo de la parte trabajadora para reclamar en tutela de sus intereses profesionales. De no contar con este

¹² Último párrafo del fundamento jurídico 37 de la sentencia recaída en el expediente 008-2005-PI/TC

¹³ Se trata en estricto de la solución definitiva de la controversia mediante una resolución administrativa de la autoridad de trabajo y no de un arbitraje. Esta solo procede cuando una huelga se prolonga excesivamente en el tiempo y compromete gravemente a una empresa o sector productivo, o deriva en actos de violencia o asuma características graves por su magnitud y consecuencias, y fracasan los intentos del Ministerio de Trabajo para que se solucione el conflicto de manera directa o por otras formas de solución pacífica del conflicto (artículo 68 de la LRCT).

legítimo mecanismo de presión, los trabajadores no contarían con la fuerza suficiente para poder entablar una negociación colectiva con su contraparte. La huelga, así, resulta ser un instrumento esencial de presión para que se pueda inducir a la parte empleadora a negociar y ceder posiciones (Martín Valverde, 1997, p. 304).

Precisamente, el TC ha reconocido a la huelga como una manifestación legítima de fuerza, pues, de realizarse conforme a ley, los trabajadores están facultados a desligarse temporalmente de sus obligaciones contractuales para así alcanzar algún tipo de mejora de sus empleadores. Para el TC la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la consecución de determinados intereses profesionales de los trabajadores y se trata de una manifestación legítima de fuerza respaldada por el derecho¹⁴.

La huelga, por tanto, no es un mecanismo de solución del conflicto laboral. Es la huelga una forma de autotutela reconocida por nuestra Constitución (Canelo, 2013, p. 57) que permite ejercer presión a la parte empleadora para negociar colectivamente y así acordar una solución al conflicto laboral de intereses; vale decir, llegar a una forma autocompositiva que resuelva el conflicto. De ahí que se haya señalado que «el ejercicio del derecho de huelga y la negociación colectiva como método de autocomposición de conflictos no solo son compatibles; son mutuamente necesarios» (Vivero, 2009, p. 200).

La huelga no puede ser catalogada como un mecanismo violento para la defensa de los intereses de los trabajadores, pues, bajo esta premisa, se prefiere al arbitraje potestativo por ser una forma pacífica de solución de las controversias. La huelga necesariamente debe ejercerse en forma pacífica, «[...] sin recurrir a ningún tipo de violencia sobre personas o bienes»¹⁵, pues, de lo contrario sería declarada ilegal¹⁶.

Por tanto, no puede relegarse a la huelga a un plano secundario y el arbitraje potestativo sea el instrumento principal, porque este último es medio pacífico de solución de controversias. No existe en nuestro ordenamiento ninguna forma violenta de solución de los conflictos. Los conflictos se solucionan de manera heterocompositiva, primordialmente, a través de los órganos jurisdiccionales. No obstante, se reconoce a los ciudadanos la posibilidad de

¹⁴ Fundamento jurídico N° 40 de la sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-AI/TC.

¹⁵ Artículo 79 de la LRCT.

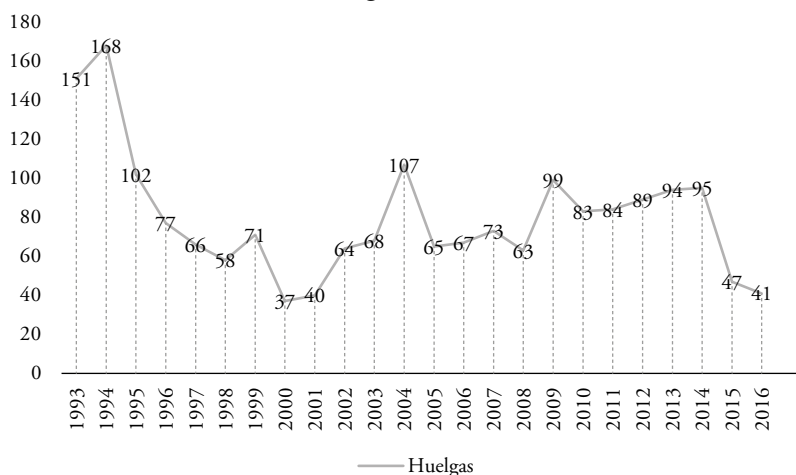
¹⁶ Inciso b) del artículo 84 de la LRCT.

recurrir a medios alternativos de solución de sus conflictos y/o controversias, tales como la conciliación, la mediación y el arbitraje.

La existencia del arbitraje voluntario no fuerza a los trabajadores a decidir por acudir a la huelga. Los trabajadores pueden adoptar la decisión de continuar negociando o tratar de agotar el máximo de sus esfuerzos para llegar al trato directo, puesto que, para adoptar esta decisión, deben efectuar un análisis costo-beneficio de iniciar la medida de presión. El arbitraje voluntario no promueve la huelga y, viceversa. La huelga y el arbitraje, así como los otros medios de solución de conflictos, no tendrían que ser vistos como formas excluyentes entre sí, pues se tratan de diferentes realidades de hecho y derecho (Vivero, 2009, p. 198). La primera es un derecho fundamental de los trabajadores, mientras que el segundo es un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Corresponde examinar estadísticamente la evolución de las huelgas durante el periodo comprendido entre el año 1993 y el 2016 para verificar si el arbitraje potestativo contribuyó a reducir la protesta de los trabajadores:

Gráfico 2
Perú: huelgas 1993-2016



Fuente: Anuario Estadístico Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2016
Elaboración propia

El gráfico muestra una tendencia decreciente de las huelgas que se materializaron en el Perú a partir del año 1994 al año 2000, lo cual, se debe a un periodo de represión. A partir del año 2001, se aprecia un número

creciente de huelgas llegando a su tope máximo en el año 2004: se registraron 107 huelgas. Sin embargo, no podría concluirse que el arbitraje voluntario que rigió desde la promulgación de la LRCT (desde 1993 hasta el 2009) promovía o fomentaba las huelgas. Del mismo modo, no podría concluirse que el arbitraje potestativo —que aparece en el año 2010 y se formaliza en el año 2011— trajo como consecuencia una disminución de las medidas de fuerza, a pesar de que se advierta una reducción importante en los años 2015 y 2016.

6. EL DEBER DE FOMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL ARBITRAJE POTESTATIVO

Otra premisa sobre la que se ha estructurado el arbitraje potestativo es que esta modalidad de arbitraje resulta acorde con el deber de fomento de la negociación colectiva establecido en la Constitución. El arbitraje potestativo, ya se ha señalado, determina que una parte esté obligada a recurrir a esta sede por la sola voluntad de su contraparte. El árbitro o el tribunal arbitral solucionará de manera definitiva el conflicto colectivo de intereses. La solución vendrá impuesta por un tercero y no por la voluntad de las partes.

El arbitraje potestativo, en rigor, se trata de una forma de arbitraje obligatorio. Más aún, estimamos que el denominado arbitraje potestativo incausado¹⁷ —que no requiere la verificación de las causales introducidas por el decreto supremo 014-2011-TR y modificadas por el decreto supremo 009-2017-TR— vulnera el principio de negociación colectiva libre y voluntaria, y no es conforme con el deber de fomento de la negociación colectiva.

6.1. La infracción al principio de negociación colectiva libre y voluntaria

El artículo 4 del Convenio OIT 98 prevé que deberán adoptarse las condiciones y medidas necesarias para que los interlocutores sociales recurran a los procedimientos de negociación voluntaria, a fin de reglamentar las condiciones de empleo a través de los convenios colectivos de trabajo. Esta disposición resulta de plena aplicación y vigencia inmediata en nuestro

¹⁷ Canessa Montejo hace referencia a que el arbitraje potestativo causado no ha sido objetado por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, por lo que los órganos de control de la OIT sí admitirían esta forma de arbitraje en casos excepcionales (Canessa Montejo, 2016, p. 226).

ordenamiento (Canessa, 2013, p. 23), ya que conforma el bloque de constitucionalidad en el que se inscribe el derecho a la negociación colectiva recogido en el artículo 28 de la Constitución¹⁸.

En relación con este principio, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (CLS - OIT) ha señalado que la negociación colectiva voluntaria de los convenios colectivos constituye un aspecto esencial del derecho a libertad sindical (Organización Internacional del Trabajo, 2006, párr. 925). Más aún, este órgano de control ha enfatizado que la eficacia de un convenio colectivo radicará en que este sea producto de una negociación libre y voluntaria de los interlocutores sociales, sin que hayan ejecutado medidas de coacción que hayan transgredido el carácter voluntario de la negociación (Organización Internacional del Trabajo, 2006, párr. 926).

El TC ha recogido los lineamientos del CLS-OIT y tuvo la oportunidad de acotar que el Estado no puede, ni debe imponer de manera coercitiva mecanismos obligatorios para que los interlocutores sociales negocien colectivamente¹⁹. En opinión del supremo intérprete de la Constitución, este principio incluye los siguientes aspectos: (a) la libertad para negociar, lo cual implica la libertad de decidir si se negocia o no, así como a negociar con una u otra organización sindical; y, (b) la libertad para convenir, vale decir, la libertad de arribar o no a un acuerdo durante la negociación²⁰.

El mismo TC, con base a los pronunciamientos de la OIT, concluye que los instrumentos internacionales sobre negociación colectiva:

[...] no imponen la obligación formal de negociar o de obtener un acuerdo, ni obligan a los Estados a imponer coercitivamente la negociación colectiva; sin embargo, ello no debe entenderse como que los Estados tengan que abstenerse de adoptar medidas encaminadas a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva que hayan establecido²¹.

¹⁸ El Tribunal Constitucional ha señalado que «[...] los Convenios núms. 98, 151 y 154 desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para que su ejercicio sea real y efectivo, este Tribunal considera que dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28 de la Constitución [...]». Fundamento jurídico 18 de la sentencia recaída en el expediente 03561-2009-PA/TC.

¹⁹ Fundamento jurídico 13 de la sentencia recaída en el expediente 03561-2009-AA/TC.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

Sin embargo, con el arbitraje potestativo incausado subrepticamente se está incorporando el deber de celebrar una convención colectiva de trabajo, lo que es contrario al derecho a la negociación colectiva (Canessa, 2016, p. 222). En efecto, la parte que decida romper el trato directo —y agotada la conciliación administrativa con su sola decisión de someter la controversia al arbitraje— ya conoce que se dictará un laudo que resolverá definitivamente el conflicto laboral, a pesar de que no necesariamente dicho laudo resulte favorable a sus intereses. Se incorporó, pues, un deber u obligación celebrar un convenio colectivo, lo que no es conforme a nuestro ordenamiento ni a las disposiciones convencionales de la OIT.

6.2. La infracción al deber de fomento de la negociación colectiva

Este deber de fomento ha sido reconocido por el artículo 28 de la Constitución. En tal virtud, el Estado asumirá un rol activo en la promoción de la negociación colectiva, por ser el instrumento por excelencia para la adopción de acuerdos que sean beneficiosos para los intereses de los interlocutores sociales en ejercicio de su autonomía colectiva (Ferro, 2011, p. 55).

De este modo, el TC ha interpretado que el deber de fomento determina la obligación del Estado de, cuando existan situaciones de diferenciación admisible, adoptar acciones positivas para favorecer el ejercicio de la negociación colectiva, otorgando un «[...] plus de tutela cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva»²². Para el CLS-OIT no resultará contrario al principio de negociación libre y voluntaria que el Estado adopte este tipo de acciones tendientes a fomentar la negociación colectiva (Organización Internacional del Trabajo, 2006, párr. 929).

Boza y Aguinaga reconocen que, en razón del deber de fomento, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para garantizar la negociación colectiva y que este deber queda configurado por la obligación de los empleadores de sentarse a negociar colectivamente con su contraparte (Boza y Aguinaga, 2013, pp. 295-302). Claramente, la acción positiva del Estado se verá reflejada en el establecimiento de la obligación de los empleadores a iniciar el procedimiento de negociación colectiva.

²² Fundamento jurídico 3 de la sentencia recaída en el expediente 0261-2003-AA/TC.

Este deber de negociar ha sido convalidado por el CLS - OIT, al sostener que no resulta contrario al principio de negociación colectiva libre y voluntaria obligar a los interlocutores sociales a sostener negociaciones con el objeto de estimular y fomentar los mecanismos de negociación colectiva, pero recomienda a los Estados de abstenerse de cualquier injerencia durante el propio procedimiento (Organización Internacional del Trabajo, 2006, párr. 928).

No obstante, en aquellas latitudes en donde se ha previsto el deber de negociar, no se reconoce la obligación de llegar a un acuerdo durante el procedimiento de negociación colectiva (Sala y Albiol, 1998, p. 298). Por ejemplo, en Francia se incluyó el deber de negociar en la Ley *Auroux* del 13 de noviembre de 1982, lo que implicaba que el empresario deba seguir el procedimiento de negociación colectiva, pero, a su vez, dicho deber no conlleva la obligación de obtener un resultado (Kahn, 1987, pp. 144-145).

El arbitraje potestativo incausado, como ha quedado dicho, garantiza un resultado y, en estricto, se trata de una forma de arbitraje obligatorio. Esta nueva modalidad de arbitraje obligatorio resiente los principios de negociación colectiva libre y voluntaria; por ello, no es conforme, sino es contraria a los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, pues los interlocutores sociales deben recurrir al arbitraje de manera voluntaria, aun cuando exista un punto muerto en la negociación colectiva, salvo en casos sumamente excepcionales como correspondería a un sector que genere una crisis nacional aguda (Organización Internacional del Trabajo, 2006, párr. 1004). Inclusive, Canessa recuerda que la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT calificó al arbitraje potestativo sin causa previsto por la Ley de Solución de Conflictos Laborales de Indonesia como una forma de arbitraje obligatorio (2016, p. 226).

El arbitraje potestativo debilita la negociación colectiva. En efecto, el arbitraje debe ser una expresión de la autonomía colectiva, esto es, que las partes en el curso de las negociaciones acuerden los mecanismos para solucionar sus conflictos. Así, el establecimiento de instrumentos de autorregulación de los conflictos colectivos por parte de los interlocutores sociales sería la expresión máxima de la autonomía colectiva, pues, como bien acota Ojeda, esta implica la autonomía para dictar normas, para gestionar y administrar lo pactado, y para organizar la solución de los conflictos (2003, p. 656).

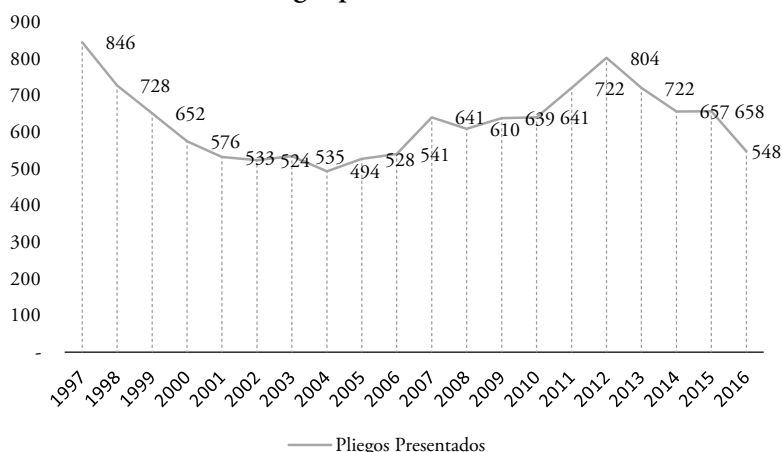
En cambio, un modelo de arbitraje potestativo incausado para la parte trabajadora podría generar que se recurra de manera automática a esta vía de solución de conflictos, pues le asegurará definitivamente un resultado, lo que, como acota Cialti (2016), perturbaría las relaciones de fuerzas e impediría la maduración y consolidación de las relaciones colectivas de trabajo, al recurrir al auxilio inmediato de un tercero para que resuelva el conflicto (p. 206).

7. EL EFECTO DEL ARBITRAJE POTESTATIVO: ¿FOMENTÓ LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

Desde un punto de vista teórico se concluye que un mecanismo de arbitraje obligatorio, como el arbitraje potestativo, no fomenta la negociación colectiva, sino que, por el contrario, la debilita. Sin embargo, es importante analizar si, conforme a lo expresado por la jurisprudencia del TC, la Corte Suprema y por un sector de la doctrina nacional, el arbitraje potestativo fomentó la negociación colectiva.

Para este efecto, debemos examinar las estadísticas recogidas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) en materia de negociación colectiva del periodo comprendido entre el año 2010 al año 2016²³.

Gráfico 3
Perú: Pliegos presentados 1997-2016



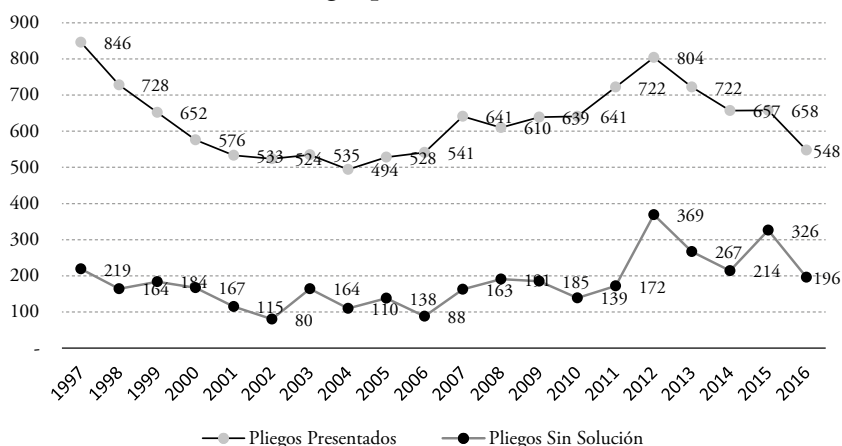
Fuente: Anuario Estadístico Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2016
Elaboración propia

²³ A la fecha de elaboración del presente trabajo (junio 2018), el MTPE no ha publicado el anuario estadístico del año 2017.

Del gráfico se advierte que desde el año 2010 al 2012 se produce un incremento del número de pliegos de reclamos presentados: se llegó a un pico máximo de 804 pliegos. No obstante, desde dicho año y hasta el 2016 se advierte una tendencia descendente: se presentaron 548 pliegos, número que se encuentra por debajo de los pliegos que se presentaron en los años 2008 y 2009, cuando se desconocía el arbitraje potestativo. Así, a pesar de que en dicho periodo (2012 - 2016) el arbitraje potestativo se consolidó en nuestro medio, la cantidad de pliegos de reclamos presentados muestra una clara tendencia a la baja. Por tanto, no podría concluirse que el arbitraje potestativo fomentó la negociación colectiva.

Ahora comparemos la cantidad de pliegos presentados frente a la cantidad de pliegos que no encontraron solución en el periodo 2010 a 2016, así como lo que sucedió en el periodo 1997 a 2009.

Gráfico 4
Perú: Pliegos presentados 1997-2016

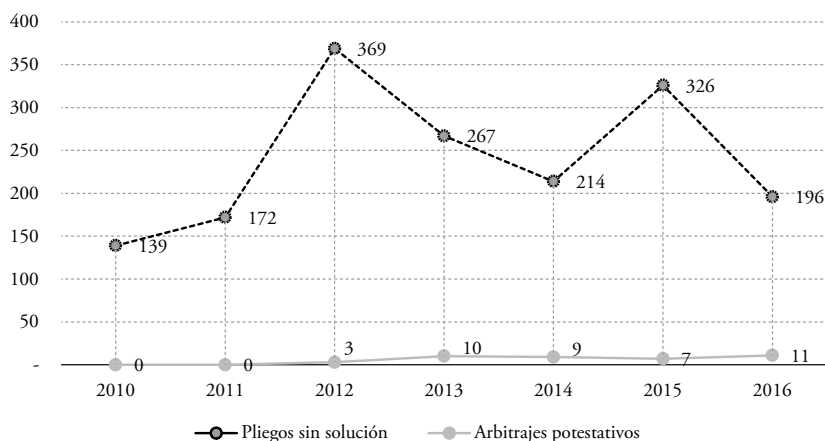


Fuente: Anuario Estadístico Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2016
Elaboración propia

El gráfico 4 nos muestra que, durante el auge del arbitraje potestativo (2010 a 2016), la cantidad de pliegos no resueltos se incrementó y supera ampliamente a lo que se verifica en el periodo de los años 1997 a 2009. Por esta razón, se concluye que el arbitraje potestativo no ha contribuido a disminuir la cantidad de pliegos de reclamos sin solución.

A partir de esta información, podemos concluir que al existir la posibilidad de que se recurra a un arbitraje potestativo sin que concurren las causales previstas en el RLCT, entonces resultaría lógico asumir que tendría que existir algún correlato con la cantidad de pliegos de reclamos no solucionados. En otras palabras, si la parte trabajadora no encuentra solución al pliego, en trato directo o en mediación y conciliación, tienen la posibilidad de recurrir al arbitraje. De tal manera, existiría una relación inversamente proporcional entre los arbitrajes potestativos y los pliegos que no encuentran solución. A mayor cantidad de pliegos de reclamos sin solución, menor cantidad de arbitrajes potestativos. Esta relación se advierte en el siguiente gráfico.

Gráfico 5
Perú: Pliegos sin solución vs. Arbitrajes potestativos 2000-2016



Fuente: Anuario Estadístico Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2016
Elaboración propia

Si bien en el gráfico 5 se verifica la relación inversamente proporcional antes comentada, pues —durante el 2012 y 2013, disminuye la cantidad de pliegos sin solución (de 369 a 267)— se incrementa ligeramente el número de arbitrajes potestativos (de 3 a 10). También se advierte que el crecimiento del número de arbitrajes aún sigue siendo muy marginal y casi imperceptible. Esta gran brecha que muestra el Gráfico 5 entre los pliegos sin solución y los arbitrajes potestativos comprueba nuevamente que esta modalidad de arbitraje no ha contribuido a reducir la gran cantidad de pliegos de reclamos que no encuentran solución en nuestro país.

Al examinar la evolución del arbitraje potestativo en nuestro país, Canessa (2016) ha detectado que, si bien existe un crecimiento de esta modalidad, este se explica por el hecho de que han sido las organizaciones sindicales del sector público las que más han recurrido a esta vía, representando un 60% del total de laudos expedidos (p. 232). Este autor acota que si se excluyeran los arbitrajes promovidos por las organizaciones sindicales del sector público, la cantidad de arbitrajes sería similar a la época en la que rigió el arbitraje voluntario (Canessa, 2016, p. 233).

Más aún, si se contara con datos estadísticos de la cantidad de arbitrajes potestativos que han sido impugnados en la sede judicial, se verificará la inoperancia de esta modalidad de arbitraje. Por ejemplo, bien es sabido que la mayoría —por no decir la totalidad— de entidades públicas ha impugnado los laudos arbitrales que conceden incrementos remunerativos a su personal, con lo cual se verificaría que el grueso de laudos arbitrales emitidos bajo esta modalidad de arbitraje ha sido o viene siendo objeto de revisión por parte del Poder Judicial. El laudo arbitral expedido no solucionó de manera definitiva el conflicto colectivo laboral. Por el contrario, el conflicto sigue abierto.

Por estas consideraciones, podemos concluir que el arbitraje potestativo no ha fomentado la negociación colectiva en nuestro país e, incluso, no ha sido un instrumento efectivo para contribuir a la reducción del número de pliego de reclamos sin solución. De esta manera, compartimos la opinión de Canessa (2016) para quien el arbitraje ha fracasado como mecanismo de solución de conflicto en la negociación colectiva peruana (p. 230).

8. REFLEXIONES FINALES: LA NECESARIA REFORMA DEL ARBITRAJE COLECTIVO LABORAL PERUANO

En nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo el arbitraje no ha tenido un amplio desarrollo. Nos encontramos en una etapa en la que, a través de la jurisprudencia y a través de una norma de segundo nivel, se ha instaurado un arbitraje potestativo que no es sino una forma de arbitraje obligatorio. Incluso, esta modalidad se ha clasificado en arbitraje potestativo causado (según las causales previstas en el artículo 61-A del RLCT) e incausado (solo para la parte trabajadora, según un sector de la doctrina nacional).

Cualquiera que sea la modalidad de arbitraje potestativo, lo cierto es que este mecanismo de solución de conflictos ha fracasado en nuestro país. Algunos

han señalado que este fracaso responde a los altos costos del arbitraje (Canessa, 2016, pp. 233-234), pero nosotros creemos que ello responde, esencialmente, a la obsoleta regulación de las relaciones colectivas de trabajo imperante en nuestro país.

En efecto, la LRCT —originalmente promulgada mediante el decreto ley 25933— está próxima a cumplir 29 años de vigencia, al igual que su reglamento, y el arbitraje potestativo fue instaurado formalmente 20 años después, mediante el decreto supremo 014-2011-TR. Así pues, existen disposiciones que regulan el arbitraje colectivo laboral que se han mantenido inalterables hasta la fecha, salvo las causales que regulan el arbitraje potestativo.

La LRCT no ha dado espacio a la negociación colectiva para que las partes puedan acordar formas de autorregulación del conflicto laboral. Ha sido la ley la que ha previsto la oportunidad y las causales para recurrir a los mecanismos alternativos de solución de conflictos. En otras latitudes, se ha migrado hace muchos años a un esquema de autorregulación de los conflictos laborales, no solo de los conflictos de intereses, sino también de los jurídicos. Esto es conocido como el modelo autonomista de relaciones laborales (Abella, 2016, p. 3). De esta manera, son los propios interlocutores sociales quienes establecen las formas y/o procedimientos que se utilizarán en caso se suscite una controversia jurídica o de intereses.

Obviamente, pasar a un proceso de autorregulación de los conflictos laborales implicará realizar una sustancial modificación de nuestra actual LRCT. Sin embargo, es necesaria esta modificación para que, de algún modo, se contribuya al crecimiento y maduración de las relaciones colectivas de trabajo. Este será un proceso que tomará largos años, pero, definitivamente, debe repensarse el actual modelo de relaciones colectivas de trabajo que, en sus casi 29 años de vigencia, no ha contribuido a fortalecer ni mucho menos a consolidar a las organizaciones sindicales existentes.

Se puede introducir una modificación en la LRCT, en la que se establece un contenido mínimo de cada convención colectiva de trabajo. Así, se incorporaría una cláusula en la que se prevean las formas de solución de las controversias originadas tanto en la interpretación, aplicación o inaplicación del convenio colectivo (conflictos jurídicos), como en el otorgamiento de mejores condiciones de trabajo (conflictos de intereses). Esta obligación

ha sido introducida en España y se ha advertido un índice casi nulo de impugnación de laudos arbitrales (Abella, 2016, p. 5).

De esta manera, el arbitraje colectivo laboral peruano dejaría de ser un arbitraje reducido a la resolución de conflictos de intereses, sino también se podría avocar a la solución de conflictos colectivos de naturaleza jurídica, lo cual calza perfectamente con la capacidad normativa reconocida a la autonomía colectiva (Cialti, 2016, p. 178), pues serían las partes las que, voluntariamente, han decidido que un tercero imparcial resuelva sus controversias.

En general, la Ley General de Arbitraje permite que este mecanismo alternativo de solución de conflictos se utilice no solo para resolver conflictos de intereses, sino también jurídicos²⁴, por lo que estimamos que el arbitraje colectivo laboral no debería permanecer reducido a la resolución de conflictos de intereses. De esta forma, el arbitraje colectivo laboral se adecuaría a las disposiciones contenidas en la Ley General de Arbitraje, máxime si estas resultan de aplicación a todos los arbitrajes que se desarrollan en territorio nacional, no siendo la excepción el arbitraje colectivo laboral.

Otro aspecto que evidencia el obsoleto modelo de arbitraje que recoge nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo es que el RLCT aún exige que las partes suscriban compromiso arbitral. En efecto, el artículo 64 de la LRCT y el 49 de su reglamento —ambos promulgados en el año 1992— prevén que la decisión de someter la controversia al arbitraje debe constar en un acta denominada Compromiso Arbitral²⁵, cuando la moderna práctica arbitral y la Ley General de Arbitraje hacen referencia al Convenio Arbitral²⁶.

En el ámbito del arbitraje civil comercial, también se presentaba esta imposibilidad que se pregona respecto al arbitraje colectivo laboral voluntario. En efecto, el arbitraje civil comercial se encontraba sujeto a las normas del

²⁴ El inciso 1º del artículo 2 del decreto legislativo 1071 prevé que pueden someterse a arbitraje las controversias que sean de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Es notorio que, en el arbitraje, dependiendo de la naturaleza del conflicto, el árbitro o el tribunal arbitral aplicará el derecho al caso en concreto para la solución de la controversia.

²⁵ El artículo 49 del RLCT fue modificado por el artículo 1 del decreto supremo 009-93-TR. Sin embargo, el texto original y el modificado no variaron lo referido a la suscripción del compromiso arbitral.

²⁶ Artículo 13 del decreto legislativo 1071.

Código Civil de 1984 que exigían un compromiso arbitral, el cual se celebraba cuando ya existía la controversia; y, como es evidente, producida esta la parte se negaba a suscribir el compromiso, lo que derivaba en la inoperancia del arbitraje (Castillo & Sabroso, 2013, p. 103). Por esta razón, Castillo & Sabroso comentan que en el año 1992²⁷ se promulga el decreto ley 25935 que recogió parcialmente el moderno concepto de «convenio arbitral», pero es recién en el año 1996 con ley 26572, en la que se definió correctamente el convenio arbitral, que sirvió de base a lo que hoy se encuentra regulado en la Ley General de Arbitraje (Castillo & Sabroso, 2013, p. 104).

De este modo, creemos que en el arbitraje colectivo laboral debería de abandonarse la referencia al compromiso arbitral, pues se evidencia una manifiesta incompatibilidad con lo previsto en el inciso 1º del artículo 13 de la Ley General de Arbitraje, la cual define al convenio arbitral como «[...] [el] 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».

Este convenio arbitral debe constar por escrito y puede estar incluido en una cláusula de un contrato o un acuerdo separado (inc. 1º del artículo 13 de la Ley General de Arbitraje). Por esta razón, consideramos que los artículos 64 de la LRCT y el artículo 49 del RLCT han quedado derogados tácitamente desde la promulgación de la Ley General de Arbitraje y, por tanto, no existiría impedimento para que en las convenciones colectivas de trabajo las partes acuerden incorporar una cláusula que contenga un convenio arbitral para solucionar sus controversias.

Existen otros tantos problemas que presenta el arbitraje colectivo laboral en nuestro país, los cuales exceden largamente los fines del presente trabajo. Por ejemplo, a la fecha, viene operando un arbitraje *ad hoc*, sin que exista una institución que regule las prácticas y manejos procedimentales que se ejecutan en cada arbitraje. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo tiene una actuación residual —se limita a designar a los árbitros o presidente del tribunal, cuando una de las partes no ha designado al árbitro o los árbitros no

²⁷ Se promulgó el decreto ley 25935 el día 10 de diciembre de 1992, con posterioridad a la promulgación de la LRCT y su Reglamento.

se han puesto de acuerdo en la designación del presidente del tribunal²⁸— que dista demasiado de ser un ente que opere o regule un arbitraje institucional.

Urge, entonces, una reforma del arbitraje en nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Abella Mestanza, M.J. (2016). La solución arbitral como instrumento para la resolución de controversias laborales. *XVII Jornadas de la Fundación SIMA*, pp. 1-22. <http://fsima.es/wp-content/uploads/PONENCIA-PROFESORA-ABELLA-ARBITRAJE.pdf>
- Alfonso Mellado, C.L. (2001). Algunas consideraciones en torno al arbitraje laboral. *Revista de Treball, Economia i Societat*.
- Babace, H. (2011). Negociación colectiva. Diversas modalidades de intervención de terceros. Articulación y niveles. *Laborem*, 11.
- Blancas Bustamante, C. (2011). La Naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva. *Boletín Informativo del Viceministerio de Trabajo*, 11.
- Blancas Bustamante, C. (2015). Naturaleza, rol y dificultades del arbitraje en la negociación colectiva. En *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis* (pp. 163-180). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Boza Pro, G. & E. Aguinaga Meza (2013). El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del derecho constitucional de negociación colectiva. *Derecho PUCP*, 71.
- Canelo Rabanal, R. (2013). Medios alternativos de solución de conflictos: Conceptos previos. En F. García Ascencios (Ed.), *Derecho Arbitral* (pp. 51-102). Lima: Adrus.
- Canessa Montejo, M.F. (2013). *La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana*. Lima: Centro de Investigación y Capacitación y Asesoría Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Canessa Montejo, M. F. (2016). El arbitraje laboral en la negociación colectiva peruana: luces y sombras. En *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 210-235). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

²⁸ Artículo 61-B del RLCT.

- Castillo Freyre, M. & R. Sabroso Minaya (2013). Contenido y forma del convenio arbitral. En F. García Ascencios (ed.), *Derecho Arbitral* (pp. 103-148). Lima: Adrus.
- Cruz Villalón, J. (2007). Los procedimientos arbitrales en la negociación colectiva. En *Manual Jurídico de la Negociación Colectiva*. Madrid: La Ley.
- Elías Mantero, F. (2015). Repositorio Académico de la Universidad San Martín de Porres. *Sapere*, 10. http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_10/sumario.html
- Ferro Delgado, V. (2011). Perspectivas de la negociación colectiva en el Perú. *Laborem, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 11.
- Gernigon, B.; Otero, A. & H. Guido (2000). Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. *Revista Internacional del Trabajo*, 119(1).
- Ialti, P.H. (2016). Los mecanismos autónomos de resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales: el caso español y apuntes sobre la legislación colombiana. *Revista de Derecho*, 45, 169-211.
- Juan Albalade, J. (2015). *Trabajo, mercado de trabajo y relaciones laborales*. Madrid: Tecnos.
- Kahn Freund, O. (1987). *Trabajo y derecho*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Martín Valverde, A. (1997). De la huelga como delito al derecho de huelga: notas para una historia del pensamiento jurídico laboral. En *Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al profesor Héctor-Hugo Barbagelata* (pp. 295-310). Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria.
- Ojeda Avilés, A. (1995). El Procedimiento de negociación colectiva. En Ó. Ermida Uriarte & A. Ojeda Avilés (eds.), *El Derecho sindical en América Latina* (pp. 143-159). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Ojeda Avilés, A. (2003). *Derecho Sindical*. Octava edición. Madrid: Tecnos.
- Organización Internacional Del Trabajo (2006). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición revisada. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Ramírez Gastón Ballón, G. (2014). Luces y sombras del arbitraje en la negociación colectiva. En *Mesa Redonda VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad social* (pp. 869-897). Arequipa: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

- Sala Franco, T. & I. Albiol Montesinos (1998). *Derecho Sindical*. Quinta edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villavicencio Ríos, A. (1991). Fundamentos y ámbitos de la autonomía colectiva. *Laborem, 1*.
- Villavicencio Ríos, A. (2009). El principio de autonomía colectiva. En S. P. Social (ed.), *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez*. Lima: Grijley.
- Vivero Serrano, J.B. (2009). El ejercicio del derecho de huelga y la solución del conflicto colectivo de fondo por diversos medios. *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo, 10*, 197-208.

SOBRE LOS AUTORES

PAOLO GALLO

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Torino. Ha sido *visiting professor* en la Universidad de California, Berkeley.

FRANCESCA BENATTI

Profesora asociada de Derecho Privado Comparado en el Departamento de Derecho Privado Crítica del Derecho de la Universidad de Padua (Italia).

SERGIO GARCÍA LONG

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en contratos, corporativo, fusiones y adquisiciones, financiamientos y arbitraje. Autor de *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones* (2016) y *La función punitiva en el derecho privado* (2019). Ha pertenecido a las firmas de abogados Rubio Leguía Normand, Fernández & Vargas y Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Actualmente es asociado en Vargas Pareja Abogados en la práctica de corporativo, arbitraje y minería. Ha sido profesor adjunto en cursos como Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y Temas de Derecho Societario en la PUCP.

MAURO GRONDONA

Profesor asociado de los cursos Instituciones de Derecho Privado y Derecho Civil en el Departamento de Derecho de la Universidad de Genova (Italia).

HUGO FORNO ODRÍA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado en Garrigues en el área de Arbitraje.

HÉCTOR CAMPOS GARCÍA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la misma institución y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es integrante de la delegación peruana en el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (Gadal). Ha sido integrante de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo encargado de proponer mejoras al Código Civil, nombrado por el Ministerio de Justicia. Asociado de Linares Abogados en el área de Prevención y solución de conflictos.

ANDRÉ COSSIO PERALTA

Abogado y magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es profesor de Derecho Laboral Especial en la misma casa de estudios. Es asociado senior del área Laboral de Rubio, Leguía, Normand.

JHOEL CHIPANA CATALÁN

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es profesor de Derecho Civil y Arbitraje en la Universidad de San Martín de Porres. Es consultor especializado en derecho civil, contrataciones con el Estado, derecho comercial y arbitraje. También se desempeña como árbitro.

JORGE LÓPEZ FUNG

Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ha sido asociado senior del área de Solución de conflictos del estudio Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría. Es fundador de la Asociación Lima Very Young Arbitration Practitioners (LVYAP), de la Asociación Arbitraje Alumni de la Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario de Colombia. Asimismo, es entrenador del equipo de arbitraje de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas que obtuvo el primer lugar en la VIII Competencia Internacional de Arbitraje. Es especialista en arbitraje comercial internacional e inversiones por la Universidad del Pacífico y en supervisión y gestión de la energía por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MIGUEL L. COLQUICOCHA MARTÍNEZ

Abogado por la Universidad Nacional de Rosario. Es miembro de la asociación Arbitraje Alumni de la Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario de Bogotá, de la Young ICCA y de la Young International Arbitration Group. Exparticipante de las competencias de Arbitraje Comercial Internacional organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario de Bogotá. Fue parte del equipo de la Universidad Nacional de Rosario que obtuvo el primer lugar en la III Competencia Internacional de Arbitraje Comercial. Es entrenador del equipo de arbitraje de la

Universidad Nacional de Rosario en las Competencias de Arbitraje Comercial Internacional organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario de Bogotá (desde 2013). Es entrenador y coordinador del equipo de arbitraje de la Universidad Nacional de Rosario en la Willem. C. Vis International Commercial Arbitration Moot. Es coordinador y entrenador del equipo de arbitraje de la Universidad Nacional de Rosario que obtuvo el primer lugar en la IV Competencia Internacional de Arbitraje de Inversión. Es especialista en arbitraje de inversión por la American University, Washington D.C. Es profesor de Derecho Comercial y adscripto de Derecho Internacional Privado en la Universidad Nacional de Rosario.

Se termino de imprimir en los talleres gráficos de
ALEPH IMPRESIONES S.R.L

Jr. Riso 580 Lince

correo: ventas@alephimpresiones.net

Telefono: 6345000

Se utilizaron caracteres

Adobe Garamond Pro en 11 puntos

para el cuerpo del texto

mayo 2019 Lima - Perú



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP