

TRANSPARENCIA E INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE EN EL PERÚ

1. EL CONVENIO ARBITRAL Y SUS ALCANCES

El ordenamiento jurídico ha dado la opción que las personas naturales y/o jurídicas, en un acto de libertad, renuncien a la jurisdicción “natural”¹ que les ofrece el Estado y, vía un acuerdo voluntario, se sometan a una jurisdicción “privada”. Esto es connatural al desarrollo de la actividad comercial, pues dicho desarrollo demandó medios de solución de controversias más expeditivos que los medios tradicionales como el judicial. Lo cierto es que este sometimiento a esa jurisdicción “privada” se constituye en un verdadero acto fundacional, por el cual dos o más partes que tienen entre sí una relación obligatoria, deciden que las controversias que se deriven de dicha relación se resuelvan,

por ejemplo, a través de un arbitraje, en el que el órgano competente para tomar las decisiones será un Tribunal Arbitral, sea unipersonal o colegiado.

Hay que ser enfático al señalar que esta suerte de “jueces privados” tienen competencia para conocer determinadas controversias y darles solución, por exclusiva decisión de las propias partes en conflicto. Es decir, son las propias partes las que han delegado estas facultades, excluyéndolas de su ámbito “natural” —la jurisdicción estatal—, a favor de los árbitros, quienes en virtud a esa delegación podrán emitir un pronunciamiento que tendrá carácter vinculante para estas. Al acuerdo por el cual las partes efectúan esta delegación se le denomina, en nuestro ordenamiento jurídico, “convenio arbitral”.

* Abogado egresado y titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de la firma Juárez, Hospinal & Latorre Abogados. Ha sido Presidente y Vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado.

¹ Se ha destacado que “sin importar qué lugares de la antigüedad y cuáles tiempos más o menos remotos, el arbitraje siempre ha sido concebido como una suerte de licencia o concesión del soberano, como excepción de su justicia ordinaria”; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, “Interferencia judicial en los arbitrajes”, en Revista Peruana de Arbitraje, Grijley, 2005, p. 266. El mismo autor, precisando su criterio, afirma que “el arbitraje fue y es una anomalía —una exclusión, si se quiere— del monopolio estatal de justicia, sea que este monopolio esté en manos del gobernante unipersonal que lo tiene por derecho propio o por la fuerza, sea que esté en manos del Poder Judicial como repartición del Estado, en quien los ciudadanos lo delegan”, p. 267.

Sin embargo, es importante cuestionar la concepción de que la justicia ha sido monopolio del Estado de manera originaria. El Estado es una creación social e histórica, y tal como lo conocemos, el Estado obedece a una forma de organización moderna, razón por la que es impropio hablar de que la jurisdicción estatal sea algo “natural”. Ha habido formas de organización jurídicas anteriores al Estado. Por ello, se ha afirmado que “más allá de las diversas clasificaciones o combinaciones que se puedan hacer, las sociedades humanas de cualquier parte del planeta han pasado, o están pasando, por un proceso que va de la horda en los albores de la humanidad, hasta el Estado-Nación como forma predominante de organización de la sociedad actual, con una tendencia hacia el futuro mediante la creación de los Estados-Continente, en vías a la conformación del Estado-Mundial”, DURÁN, Víctor Manuel, “Estado social de derecho, democracia y participación”. Es claro entonces que las sociedades estuvieron organizadas inicialmente sobre la base de formas no estatales como la horda, el clan o la tribu; la organización estatal es un estadio posterior de la evolución de la organización social.

La Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071, define el Convenio Arbitral en su artículo 13-1, señalando que el convenio arbitral “es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”. En la línea de lo que venimos manifestando, la Ley de Arbitraje confirma de este modo la relevancia de la autonomía de la voluntad de las partes para el arbitraje.

No obstante, la propia Ley establece en el artículo 14 que el convenio arbitral “se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”. Es decir, existen supuestos en que el Convenio Arbitral puede extender sus efectos a terceros no signatarios del mismo.

Del mismo modo, es importante destacar que la misma Ley de Arbitraje establece como principio rector del arbitraje el de la confidencialidad, tan es así que, en su inciso 1, establece que, salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, “están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad”. Y este deber alcanza también a las partes. Ahora bien, el inciso 3 de ese mismo artículo abre una pequeña excepción al establecer que en todos los arbitrajes en los que interviene

el Estado peruano como parte, “las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones”. De este modo, la Ley de Arbitraje se adecúa a las exigencias prácticas de la realidad arbitral cuando el Estado es parte.

Aquí, podemos señalar que “el arbitraje tiene una función privada pero también comparte de alguna manera la función pública de juzgar y, en esta forma, asume también obligaciones frente a la sociedad. Dentro de esa línea, se piensa que hay que darle al arbitraje los medios para que los laudos de los árbitros tengan una consistencia entre ellos, proporcionando a los árbitros los laudos anteriores como una rica materia de reflexión que permitirá sentar jurisprudencia... arbitral, pero jurisprudencia de todas maneras. El enorme esfuerzo intelectual de los árbitros para solucionar un caso merece tener una repercusión teórica adecuada en beneficio la sociedad toda”. Y es que, en el plano internacional, “la postura de admitir la publicidad cuando menos de los laudos va ganando terreno sobre la limitada visión contractualista del arbitraje”². En la misma conferencia, De Trazegnies señalaba que, desde un punto de vista doctrinario, su opinión es porque el resultado del arbitraje sea público mientras esto no cause un daño grave a las partes.

Ahora bien, conforme al preámbulo del Código de Ética para los árbitros comerciales, aprobado y revisado por un comité especial de la Asociación Estadounidense de Arbitraje y un comité especial del Colegio de Abogados de E.E.U.U., el uso del arbitraje para resolver una variedad amplia de conflictos “hoy constituye una parte importante del sistema de justicia al que recurre la sociedad en busca de una determinación ecuaníme de los derechos legales. Las personas que actúan como árbitros comerciales asumen, en consecuencia,

² TRAZEGNIES, Fernando de. ¿Confidencialidad o publicidad en el arbitraje?, Conferencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Setiembre de 2009. Este texto se puede ver en web: <http://consensos.pucp.edu.pe/images/stories/CONFIDENCIALIDAD%20O%20PUBLICIDAD%20EN%20ARBITRAJE.pdf>, pp. 4, 5.

serias responsabilidades frente al público y frente a las partes” (subrayado mío).

2. EL DOGMA DE LA CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE: DOS ENFOQUES

Hoy en el ámbito del arbitraje sobre inversiones se viene buscando mecanismos que garanticen una mayor transparencia en el desarrollo del arbitraje y, por tanto, se va cuestionando el principio de confidencialidad, al menos en su vertiente más radical. Así, se ha señalado que “Este viejo dogma de la confidencialidad del arbitraje, sin embargo, no parece ser en la actualidad una característica consustancial del mismo a juzgar por los últimos pronunciamientos de los tribunales estatales cuando han de enfrentarse a esta cuestión. O dicho de otro modo, el deber de confidencialidad parece constituirse hoy más como un derecho contractual de las partes que como una característica inherente del procedimiento arbitral, e incluso en determinados casos excepcionales, sujeto a límites”. Por tanto, “La confidencialidad del procedimiento arbitral es actualmente una de las mayores críticas con las que se enfrenta el arbitraje internacional, y más en concreto cuando se trata de resolver las controversias entre Estados y particulares en materia de inversiones. **Ello se debe no sólo a las lógicas obligaciones de publicidad de los actos gubernamentales derivadas del Ordenamiento interno de dicho Estado, sino de forma muy especial a los intereses públicos que se ven a menudo comprometidos en el desarrollo de los litigios o al menos en su resultado final**”³ (subrayado mío).

Se puede apreciar, entonces, que existe en el arbitraje internacional una diferencia clara entre lo que es el “arbitraje comercial internacional” y el “arbitraje en inversiones”, toda vez que en este último es

evidente que al verse inmerso un Estado, existen elementos distintos a los que están en juego en una relación meramente comercial y, probablemente, privada en estricto. Puede señalarse entonces que no existe un solo tipo de arbitraje.

Por tanto, “No es de extrañar ni el contenido de dichas modificaciones en el Reglamento de Arbitraje ni la rapidez con que se han abordado. Una de las mayores críticas que se han realizado al arbitraje internacional cuando se trata de resolver las controversias entre Estados y particulares en materia de inversiones extranjeras es el viejo dogma de la confidencialidad del procedimiento arbitral. Si bien la confidencialidad ha sido defendida como una de las características del arbitraje que en mayor medida beneficia al arbitraje frente a los tribunales estatales, no parece que sea una buena acompañante cuando lo que se ventila ante los tribunales arbitrales afecta de manera directa a los intereses públicos presentes en los casos de inversiones internacionales”⁴.

Vemos, pues, que tanto a nivel del arbitraje internacional como del arbitraje nacional se han generado foros distintos en los que se viene cuestionando frontalmente el principio de confidencialidad y se va demandando una mayor apertura hacia el principio de transparencia.

3. NECESIDAD DE MAYOR TRANSPARENCIA

Lo cierto es que hoy en día se tiene mayor conciencia de que uno de los aspectos que puede haber afectado la imagen del arbitraje es, justamente, el secretismo bajo el cual se ha desarrollado. Por tanto, existe mayor conciencia de que se necesita caminar hacia un escenario en el que se tenga mayor transparencia, incluyendo bajo este principio incluso la eventual incorporación de terceros en el arbitraje.

³ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. “¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras? Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado”. En: www.aryme.com/aryme/esp/adr_world_observatorio/titulares_abierto/2006/200602/20060201.asp, pp. 1-2

⁴ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. “Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral”. En <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1395>

En este terreno, se viene discutiendo, por ejemplo, temas como la necesidad de efectuar un análisis sustentado y comparativo entre el arbitraje institucional y el arbitraje independiente (ad hoc); en ese terreno, hay voces que opinan favorablemente por las ventajas de un arbitraje institucional. No obstante, correspondería también, en el caso de arbitrajes institucionales, a nivel nacional, que las instituciones arbitrales se comprometan también con desarrollar políticas que abonen a favor de la mayor transparencia y esto implica un cambio en la forma en que actualmente perciben su rol, asumiendo un papel más activo para el bien del desarrollo arbitral y el crecimiento de la confianza de los actores económicos y sociales en este medio de solución de controversias.

En tal sentido, se ha afirmado que “el proceso arbitral en inversiones extranjeras presenta unas características propias que convierten en imprescindible la necesidad de lograr que tal proceso sea transparente y permita la participación de terceros como *amicus curiae*. Así, en primer lugar, las exigencias sobre transparencia se plasman en un acceso público a la documentación procesal del procedimiento arbitral, o como mínimo al contenido de los laudos arbitrales, y por otra parte, a una mayor permisividad en abrir las audiencias al público o, por lo menos, a los terceros interesados. En segundo lugar, junto con lo anterior, los intereses públicos presentes en estos casos permiten estudiar la incorporación al proceso de presentaciones escritas del tipo “amicus curiae”. Ha de señalarse que este “amigo del tribunal” no es una parte en el procedimiento. Su papel tradicional en un proceso consiste en ofrecer al tribunal argumentos y conocimientos especializados sobre el objeto del mismo con el fin de ayudar a aquel a tomar una decisión”⁵.

Es claro, entonces, que el arbitraje es vinculante para las partes que suscribieron el Convenio Arbitral, pero este no puede generar, en principio, consecuencias positivas o negativas en terceros no signatarios del Convenio Arbitral. Por ello es que se ha manifestado que “Por su origen y por su naturaleza, el convenio arbitral es un contrato. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios. Desde el punto de vista de los terceros, el contrato —luego, el convenio arbitral— se rige por el principio *res inter alios acta aliis praeiudicare non potest*. Es en ese sentido que el artículo 1363 del Código Civil prescribe que los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. En consecuencia, en tanto que contrato que se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar”⁶ (subrayado nuestro). Como se ha señalado antes, esta restricción del Convenio Arbitral tiene excepciones legalmente reconocidas por la Ley de Arbitraje en su artículo 14. Sin perjuicio de ello, creo que sigue vigente aquella tendencia por la que los Tribunales Arbitrales han sido contrarios a la admisión de terceros en los arbitrajes: “[...] por regla general los tribunales arbitrales peruanos, no permiten la intervención de terceros, sobre todo *por respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes*, ya que si las mismas al momento de pactar el convenio arbitral no acordaron la inclusión de un sujeto extraño a la relación material, mal podría éste de mutuo propio [sic] y aún en contra de la voluntad de las partes, ingresar a la relación procedimental de éstas”⁷.

⁵ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Op. Cit. “¿Es compatible la confidencialidad ...”, p. 2

⁶ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. “El rasgado del velo societario dentro del arbitraje”, en *Ius et Veritas* N° 29, p. 16

⁷ HERRERA ROBLES, José. La intervención de terceros y el procedimiento arbitral peruano. En la Revista Iberoamericana de Arbitraje http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/intervencion_terceros.html

Pero lo cierto es que en determinadas circunstancias nos encontramos frente a una situación jurídica en la que resultan insuficientes, en realidad o en apariencia, las apreciaciones de las partes, pues hay aspectos en los que el Tribunal Arbitral podría ser informado de mejor manera por terceros que no suscribieron el acuerdo arbitral o, por último, porque las decisiones que este tome podrían generar consecuencias positivas o negativas en esos terceros. Es decir, el conocimiento de la verdad trasciende el límite restringido del Convenio. No obstante que esta realidad muestra debilidades evidentes en la estructuración del arbitraje, la mayoría de las veces se han tomado decisiones de espaldas a esa realidad. Sin embargo, existen posturas doctrinarias que plantean que “si bien es cierto que la celebración del convenio arbitral (contrato arbitral) se rige necesariamente por el principio de la autonomía de la voluntad, el mismo se ve seriamente disminuido, cuando en la etapa de ejecución del convenio arbitral (procedimiento arbitral) se pudieran amenazar o violar derechos fundamentales, de personas ajenas al arbitraje”. [En esos casos, sería pertinente tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional] “ha dispuesto que el derecho a un debido proceso no se encuentra circunscrito únicamente a la esfera del proceso jurisdiccional, sino que el mismo debe respetarse en toda clase de procedimientos administrativos, y aún, en los que se susciten en sede privada” (subrayado nuestro)⁸.

Es más, no hay duda que el arbitraje como medio de solución de controversias tiene una serie de ventajas innegables, pero se ha generado en torno al mismo un descrédito por decisiones que no resultan adecuadas, sea por aspectos formales o estrictamente procedimentales, como por cuestiones más bien de fondo. De ese modo, es importante recordar con De Trazegnies que

“[...] si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, excluyendo a los terceros involucrados pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad —y por tanto utilidad— como medio de resolución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directas e indirectas. De otro lado, si bien el arbitraje surge de un contrato privado, no puede olvidarse que el árbitro es siempre juez y que, por consiguiente, tiene ante todo un compromiso primordial con la posibilidad de llegar a una solución justa dentro de una controversia dada”⁹.

Es claro, entonces, que el arbitraje vincula en principio solo a aquellas partes que hayan suscrito el convenio arbitral, pero en el caso de que, por razones de justicia, tenga que involucrarse a un tercero no signatario en el arbitraje, sea para beneficiarlo o para perjudicarlo, dicho tercero deberá ser comunicado de tal situación, para permitirle ejercer su derecho constitucional de defensa, pues de lo contrario se estaría violando el derecho a un debido proceso. De otro lado, también puede permitirse la participación de terceros ajenos al convenio arbitral, en la medida que la información que ellos puedan aportar al Tribunal Arbitral sea valiosa y cuando los temas en controversia encierren un asunto de interés público. Como puede apreciarse, estos supuestos exceden largamente los previstos en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Creo que resulta de interés recoger alguna experiencia del derecho comparado. Así, la norma que regula el arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales en Colombia, el Decreto N° 1818 de 1998, contiene un capítulo específico relativo al tema de intervención de terceros:

⁸ Ibidem

⁹ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Ob. Cit., p. 20

“Artículo 149. Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición.

“Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del Tribunal.

“Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados.

“Si los citados adhieren al pacto arbitral, el Tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales”.

“Artículo 150. Intervención de terceros. La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a lo previsto a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención”.

Es más, en el caso colombiano, se ha desarrollado ya una incipiente jurisprudencia sobre el particular. Es así que “La Corte Constitucional Colombiana declaró conforme con la Carta Política la norma sobre la intervención de terceros en el proceso arbitral siempre y cuando su participación fuese un acto voluntario: ‘[El] laudo arbitral no puede involucrar a quienes no suscribieron o no se adhieron al pacto arbitral, pero tampoco se debe permitir a los terceros bloquear la continuación del proceso arbitral. En efecto, lo propio del tercero, a diferencia del litisconsorte necesario, es que las consecuencias del laudo no lo cubren obligatoriamente, por lo cual resulta razonable que la ley permita que el proceso arbitral continúe sin su presencia. Por ende, si el tercero decide no participar en el proceso arbitral, la correspondiente disputa que tenga con alguna o ambas partes podrá ser resuelta ulteriormente por las instancias judiciales. [...] la ley no pretende extender los efectos de un laudo a quien no lo habilitó voluntariamente’. Se debe señalar que el litisconsorte necesario no es un tercero, sino que es parte en la medida en que viene a integrar a una de las partes dentro del proceso arbitral y, por consiguiente, deberá ser citado obligatoriamente. Si no se adhiere al pacto arbitral, entonces, se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria. Y esto es así dado que si por la naturaleza de la situación jurídica debatida, el laudo está llamado a tener efectos de cosa juzgada para un sujeto de derecho que está ausente del debate, su presencia despunta imprescindible e inexorable. En cambio, respecto de los terceros (coadyuvancia, llamamiento *ex officio*, denuncia del pleito, llamamiento en garantía, la intervención excluyente y el llamamiento al poseedor o tenedor) su intervención no es obligatoria y el proceso puede continuar y decidirse sin su intervención”¹⁰.

¹⁰ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. El arbitraje y la propiedad intelectual. En www.garridorengifo.com/documentos/arbitramiento%20y%20propiedad%20intelectual.pdf

En el caso del arbitraje en inversiones extranjeras, el primer caso en el CIADI donde se planteó esta cuestión “fue Aguas del Tunari c. Bolivia. En este supuesto, la sociedad Aguas del Tunari, sociedad constituida de acuerdo al Ordenamiento boliviano, controlada directamente por empresas holandesas y de forma indirecta por una empresa norteamericana, obtuvo mediante contrato en septiembre de 1999 la concesión para prestar los servicios de agua y alcantarillado en la ciudad de Cochabamba. Tras una serie de medidas tomadas por parte de la empresa que provocaron serios disturbios en la ciudad, tales como una vergonzosa subida de la tarifa del servicio de abastecimiento del agua que conducía a que muchas familias tuviesen que pagar una cuarta parte de su salario para poder seguir manteniéndolo, se rescindió el contrato de concesión en abril de 2000. Aguas del Tunari inició un arbitraje ante el CIADI el 12 de noviembre de 2001 presentando su solicitud en la que se sostenía que varios actos atribuibles al gobierno boliviano implicaban el incumplimiento de una serie de obligaciones asumidas por Bolivia de acuerdo al TPPI entre este país y Holanda. Una vez constituido el tribunal arbitral, se presentó una petición por parte de diferentes entidades no gubernamentales y personas físicas el 28 de agosto de 2002, solicitando autorización para intervenir en el arbitraje o participar de cualquier otro modo en las actuaciones procesales”. El tribunal, una vez examinada dicha solicitud, requirió a las partes a que se pronunciasen sobre la misma y una vez evacuadas dichas consultas, sostuvo en una carta enviada a los peticionarios el 29 de enero de 2003 que *“es opinión unánime del Tribunal que sus solicitudes básicas exceden las facultades y autoridad reconocida a este Tribunal”*¹¹.

El segundo caso en el CIADI en el que se planteó esta cuestión ha sido en el asunto Aguas Argentinas S.A. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina. [...]

“el tribunal utilizó un último argumento de vital importancia para aceptar una mayor transparencia y la participación de terceros en un procedimiento arbitral CIADI: la propia legitimidad del sistema arbitral internacional. En efecto, ante las persistentes críticas recibidas de falta de transparencia y de obviar los intereses públicos por parte del sistema arbitral internacional, el tribunal consideró que la mejor manera de responder a las mismas era aceptar la petición recibida. En concreto, este tribunal señaló que *‘la aceptación de las presentaciones amicus también tendría como consecuencia beneficiosa adicional el incremento de la transparencia en el procedimiento de arbitraje entre inversionistas y Estados. Una mayor apertura y un mayor conocimiento sobre la forma en que se conducen estos procedimientos reforzaría la aceptación de la opinión pública y la legitimidad del sistema arbitraje internacional, en particular cuando involucran a Estados y materias de interés público’*¹².

De ese modo, la doctrina especializada en arbitrajes en inversiones extranjeras admite la necesidad de la intervención de terceros en los arbitrajes. “Si tomamos en consideración que muchos megaproyectos de inversión extranjera tienen relación con materias de interés público, la solución de disputas que de ellos se desprenda podría potencialmente afectar derechos que exceden a los de aquellos directamente en controversia en el caso arbitral de que se trata. De esta manera, en el último tiempo se ha discutido la capacidad y el interés que terceros ajenos a las partes en disputa podrían tener en estos procedimientos arbitrales”; lo que sí resulta indispensable es considerar que la participación de terceros no tiene por qué apreciarse de manera negativa: “La participación de terceros no debe mirarse como una traba al arbitraje internacional en materia de inversión extranjera, sino como una manera de garantizar la transparencia del mismo,

¹¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Op. Cit. “¿Es compatible la confidencialidad ...”, p. 5

¹² FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. Ibidem, p. 7

medida que podría ser complementada con una mayor publicidad de los fallos que en ellos se emitan. Esto redundará en un fortalecimiento y legitimación de este mecanismo, al complementarse los argumentos de las partes en conflicto en causas de interés público, con los puntos de vista que legítimamente pueden aportar organizaciones de la sociedad civil, otros Estados, o incluso grupos de empresarios que pudiesen verse indirectamente afectados por la solución de la controversia”¹³.

4. EL CASO DEL ARBITRAJE EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS EN EL PERÚ

El caso del arbitraje en obras públicas encierra en sí mismo una temática variada y compleja que no puedo abordar en el presente artículo. Sin embargo, creo importante referirme a dos casos puntuales en los que se pone en evidencia la necesidad de incorporar a terceros en el arbitraje.

Un primer caso es el de las controversias derivadas de un contrato de ejecución de obra que tienen relación o vínculo con el Expediente Técnico, como podría ser que se trate de controversias que se suscitan por errores en el Expediente Técnico.

Para esto, tenemos que considerar la Resolución de Contraloría N° 072-98-CG, mediante la que se Aprueban normas técnicas de control interno para el Sector Público. En dicha norma se encuentra regulado, en su numeral 600-01, la problemática relacionada con el Expediente Técnico. Sobre este documento se señala en dicha norma que “es el instrumento elaborado por la entidad licitante para los fines de contratación de una obra pública. Comprende, entre otros: bases de la licitación, memoria descriptiva, planos, especificaciones técnicas, metrados, precios unitarios y presupuesto, estudios de suelos, fórmulas polinómicas, y proforma

de contrato”. Este concepto resulta distinto al que se establece en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, que lo define como el conjunto “de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios”.

Ahora bien, al profesional o profesionales que lo elaboran se les denomina como “Proyectista”. En el numeral 600-06 se regulan las modificaciones y subsanación de errores u omisiones en el Expediente Técnico, estableciendo de manera clara que las modificaciones sustanciales y la subsanación de errores y omisiones en el Expediente Técnico, durante la ejecución de la obra, “deben contar con la opinión del Proyectista”. Estos problemas tienen incidencia en el cumplimiento de las metas físicas establecidas en el contrato y, podrían generar mayores costos o eventualmente, daños y perjuicios a la entidad contratante. Por tanto, conforme a la propia norma, en esos supuestos “resulta necesario que el proyectista intervenga para aclarar y opinar sobre la situación presentada, a fin que la entidad contratante pueda adoptar las medidas que el caso requiera y dilucidar, de ser el caso, las responsabilidades emergentes, del consultor y/o del jefe de la obra o proyecto”.

Se puede apreciar de lo anterior la importante función que cumple el proyectista y lo grave de sus responsabilidades. Entonces, si durante la ejecución de la obra surgiera un problema cuya solución pasa por determinar, primero, si se trata de un error o no en el Expediente Técnico, resultaría esencial que en el arbitraje

¹³ POLANCO L., Rodrigo. “El rol de terceros en el arbitraje internacional de inversiones”. En: <http://www.colegioabogados.cl/Revista/35/articulo13.html>, pp. 1, 3

que se desarrolle entre el contratista (del contrato de ejecución de obra) y la Entidad, sea convocado o incorporado como tercero el proyectista; asumiendo que la responsabilidad directa no resulta imputable a la Entidad, correspondería determinar si la responsabilidad recae en el contratista o en el proyectista. De ese modo, ejerciendo cada parte su derecho de defensa, el Tribunal Arbitral que resuelva el arbitraje determinaría o dilucidaría “las responsabilidades emergentes”, es decir, si en efecto se trata de un error en el Expediente Técnico, imputable por tanto al Proyectista o si, por el contrario, se trata de un error imputable al contratista ejecutor. Esto evitaría, además, decisiones jurisdiccionales, arbitrales y/o eventualmente judiciales contradictorias, en las que podría presentarse los siguientes supuestos:

- En el arbitraje relacionado con el contrato de ejecución de obra, el Tribunal Arbitral resuelve estableciendo que las controversias se suscitaron por errores o problemas derivados del Expediente Técnico y por tanto imputables a la Entidad, que aprobó el Expediente.
- La Entidad, sobre la base de esa decisión, recurre sea al arbitraje o a un proceso judicial, dependiendo del caso, para repetir contra el Proyectista por los daños originados en los errores o problemas determinado en el Expediente Técnico. El Tribunal Arbitral o el Poder Judicial resuelven señalando que no existió tal responsabilidad y que todo se debía a problemas en la ejecución de la obra.

Ese tipo de decisiones no generaran un ambiente de seguridad jurídica y, por tanto, al tratarse de decisiones contradictorias, dan lugar a una situación de incertidumbre que no es aceptable en el desarrollo de un derecho contractual que requiere que las titularidades y las responsabilidades sean determinadas de manera coherente y razonable.

Otro caso en el que se requiere determinar la incorporación de un tercero, aunque en este caso, parecería más que tercero un litisconsorte necesario, es el de la Contraloría General del República. Las controversias en las que dicho Organismo resultaría de indispensable convocatoria serían las relacionadas con las prestaciones adicionales de obra; en estos casos, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, resulta clara al establecer que nos encontramos frente a temas que no son susceptibles de arbitraje, razón por la que no correspondería entrar más a detalle. Sin embargo, en el ámbito doctrinario, se discute mucho si resulta coherente el haber excluido un tema eminentemente contractual, como es el de la aprobación de prestaciones y presupuestos adicionales, del ámbito de competencia de los árbitros. Por tanto, dicha decisión legislativa es, cuando menos, discutible.

Ahora bien, poniéndonos en el supuesto de que se decidiera dejar sin efecto las normas que disponen que estos temas no son arbitrables, creo que la mejor forma de efectuar la defensa de los intereses del Estado, sería a través del ejercicio efectivo de la atribución de la Contraloría General de la República, en casos emblemáticos por lo menos y que podrían servir incluso como precedentes de observancia obligatoria, de “**Participar directamente y/o en coordinación** con las entidades en los procesos judiciales, administrativos, **arbitrales** u otros, para la adecuada defensa de los intereses del Estado, cuando tales procesos incidan sobre recursos y bienes de éste” (artículo 22-o de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785). Ello permitiría que se cautele de mejor manera el manejo de los recursos públicos y que los Tribunales Arbitrales decidan también con la mayor transparencia sobre esas materias. Asimismo, la participación del Organismo rector del sistema de control, permitiría que se ejerza una defensa conjunta y realista de los intereses del Estado.