



Fernando Cantuarias Salaverry^(*) y
Jose Luis Repetto Deville^(**)

La responsabilidad internacional de los Estados por **anular o no reconocer laudos**^(***)

The international responsibility of States due to cancel or not to recognize awards

Resumen: En el marco de los tratados internacionales, con especial énfasis en el Tratado Bilateral de Inversión (BIT), surgen diversas responsabilidades para los Estados que lo conforman. Sin embargo, el qué ocurre cuando los órganos jurisdiccionales de un país interfieren contrariamente a los estándares internacionales en plena validez y eficacia de un laudo y la repercusión que ocasionan en tal Estado y que lo conllevan a ser responsable internacionalmente frente a un BIT o un TLC, son tratados en este artículo. El autor, además de analizar jurisprudencia de los tribunales arbitrales de inversiones en los casos *Saipem v. Bangladesh*, *ATA v. Jordania*, *Frontier Petroleum v. República Checa* y *White Industries v. India*, se centra también en el caso peruano; e insta a que los países miembros de un tratado respeten las reglas del juego.

Palabras clave: Tratado Bilateral de Inversión - Estados - Responsabilidad Internacional - Instancias Jurisdiccionales - Laudo Arbitral.

Abstract: In the framework of international treaties, with special emphasis on the Bilateral Investment Treaty (BIT), various responsibilities for States that comprise arise. However, what happens when the courts of a country interfere contrary to international standards in full force and effect of an award, the impact caused in that State and that leading to be internationally liable to a BIT or FTA are studied in this essay. The author further analyze jurisprudence of investment arbitration tribunals in cases *Saipem v. Bangladesh*, *ATA v. Jordan* *Frontier Petroleum v. Czech Republic* and *White Industries v. India*, also focuses on the case of Peru; and urges members of a treaty respect the rules of the game.

Keywords: Bilateral Investment Treaty - States - International responsibility - Judicial Bodies - Arbitral Award.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones. Árbitro nacional e internacional. Miembro del Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), del Comité Editor de la Revista Peruana de Arbitraje, de la Association for International Arbitration (AIA), de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje y del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional (CARAT). Miembro de la lista de árbitros de los principales Centros de Arbitraje del Perú y del Energy Arbitrators' list. Es coautor de la Ley de Arbitraje peruana de 2008.

(**) Alumno de décimo segundo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Ha sido Presidente del Consejo Directivo y Director de la Comisión de Edición de Forseti.

(***) Nota del Editor: el presente artículo fue recibido el 19 de noviembre del 2014 y aprobada su publicación el 10 de enero del 2015.

La responsabilidad internacional de los Estados por anular o no reconocer laudos *The international responsibility of States due to cancel or not to recognize awards*



1. Introducción

Como bien informan Cremades y Cairns⁽¹⁾:

“[u]n Tratado Bilateral de Inversión (‘TBI’)⁽²⁾ es un tratado entre dos Estados que establece un marco legal para el tratamiento de los flujos de inversión entre las dos naciones. Crea derechos para los inversores de ambos

Estados, esto es, derechos derivados de un tratado, mientras que las actuaciones legales procedentes de estos derechos pueden ser llamadas reclamaciones derivadas de un tratado. Las partes intervinientes en una reclamación derivada de un tratado son un inversor de un Estado Parte (conocido como el Estado Nacional del inversor) y el Estado en donde se llevó a cabo la inversión concreta (conocido como el Estado receptor de la inversión)⁽³⁾.”

Como una vez más señalan Cremades y Cairns⁽⁴⁾:

“[l]a definición y el contenido de los derechos de un tratado dependerán de los términos del TBI en concreto del que procedan los derechos. La forma de los TBI varía en gran medida reflejando las diferentes prioridades, enfoques y posiciones de negociación de los Estados. Sin embargo, los TBI pretenden facilitar la inversión y tratar por tanto cuestiones de leyes, políticas o actuaciones oficiales que podrían dificultar o poner en peligro los flujos de inversión. Por consiguiente, cuestiones sobre la admisión de inversiones, el tratamiento de las mismas, las garantías de la libre

(1) CREMADES, Bernardo M. y David J. A. CAIRNS. *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*. En: *Revista Internacional de Arbitraje*. No. 1. Bogotá: 2004; p. 66.

(2) O un capítulo de inversiones contenido en un Tratado de Libre Comercio (TLC).

(3) Invitamos al lector a revisar los siguientes estudios que han medido el impacto de los BIT en el flujo de inversiones: SALACUSE, Jeswald W. y Nicholas P. SULLIVAN. *Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. En: *Harvard International Law Journal*. Volumen 46, 2005; pp. 67-130; TOBIN, Jennifer y Susan ROSE-ACKERMAN. *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties (May, 2 2005)*. En: www.law.yale.edu/outside/html/faculty/sroseack/FDI_BITs_may02.pdf; EGGER, Peter y Michael PFAFFERMAYER. *The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment*. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=694283; ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew T. y Beth SIMMONS. *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000*. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=578961; NEUMAYER, Eric. *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?* En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=616242; y NEUMAYER, Eric y Laura SPESS. *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?* En: *World Development*. 2005. www.elsevier.com/locate/worlddev.

(4) CREMADES, Bernardo M. y David J. A. CAIRNS. *Óp. cit.*; pp. 87 y 88.



Fernando Cantuarias Salaverry y Jose Luis Repetto Deville

transferencia de fondos y compensación de capital y beneficios, la compensación en caso de expropiación y la resolución de controversias se incluyen de forma invariable en los TBI. Estos últimos podrían también incluir provisiones referentes a requisitos de actuación, subrogación, transparencia de leyes nacionales, así como actividades y sectores reservados.

Hay, sin embargo, un núcleo de derechos genéricos derivados de un tratado, bien fundamentados y definidos en el derecho internacional, que en la práctica han constituido la base de las reclamaciones derivadas de un tratado por parte de los inversores frente a los Estados Receptores (...)

- a) El Derecho de trato nacional: la mayor parte de los TBI imponen sobre el Estado receptor la obligación de conceder al inversor extranjero el mismo trato de que disfrutaran sus propios nacionales. Este derecho protege a los inversores extranjeros de exigencias especiales que se traducirían en una desventaja competitiva en comparación con los inversores nacionales.
- b) El derecho de trato de nación más favorecida: Este derecho garantiza a los inversores del Estado receptor un trato no menos favorable que el que dicho Estado receptor otorga a los nacionales de cualquier otro país...
- c) El derecho a un trato no discriminatorio: Los TBI contienen a menudo una prohibición de medidas discriminatorias frente al inversor extranjero.
- d) El derecho a un trato justo y equitativo: El contenido del derecho a un trato justo y equitativo constituye una cuestión controvertida en el arbitraje inversor-Estado en la actualidad. Una opinión, recientemente apoyada por la Comisión de Libre Cambio TLCAN, consiste en que un trato justo y equitativo se considera equivalente al criterio mínimo de protección a extranjeros en el derecho internacional consuetudinario. El punto de vista alternativo es que un trato justo y equitativo constituye un criterio independiente y de contenido propio.
- e) El Derecho de Compensación por Expropiación: Los TBI incluyen invariablemente un derecho a compensación si el Estado receptor llevase a cabo la expropiación de la inversión (...)"

Es diverso el abanico de situaciones que pueden dar lugar a que un Estado incumpla alguna de las obligaciones que asumió en virtud de un BIT. Así, por ejemplo, en caso un Estado confisque una planta de propiedad de inversionistas extranjeros, ello puede constituir bajo ciertos requisitos una expropiación y el Estado sería responsable por la violación del Tratado. No brindar protección física frente a los disturbios sociales que paralizan la actividad empresarial de un inversionista extranjero puede constituir una violación al estándar de protección y seguridad plenas. O incluso, el mero hecho de no reprimir y sancionar a los responsables de esos disturbios, también puede dar lugar a que el Estado incumpla sus obligaciones internacionales establecidas en un tratado.

En este artículo queremos concentrarnos en una situación particular que puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado a partir de un BIT: Cuando el Poder Judicial e, inclusive, el Tribunal Constitucional, interfiere de manera contraria a los estándares internacionales en la plena validez y eficacia de un laudo.

Así pues, el propósito de este artículo es revelar que la interferencia contraria a los estándares internacionales del Poder Judicial (e inclusive del Tribunal Constitucional) respecto a la plena validez y eficacia de un laudo, puede implicar que el Estado incumpla sus obligaciones internacionales asumidas en virtud de un Tratado Bilateral de Inversión. En efecto, reciente jurisprudencia de los tribunales arbitrales de inversiones en los casos *Saipem v. Bangladesh*, *ATA v. Jordania*, *Frontier Petroleum v. República Checa* y *White Industries v. India* así lo han confirmado.

Se trata pues de un tema actual y de la mayor importancia. El Poder Judicial y el Tribunal Constitucional peruanos deben ser conscientes que bajo ciertas condiciones su

La responsabilidad internacional de los Estados por anular o no reconocer laudos *The international responsibility of States due to cancel or not to recognize awards*

decisión de interferir en un arbitraje, o de anular o denegar el reconocimiento de un laudo puede implicar que el Estado Peruano sea responsable internacionalmente conforme a un BIT o a un TLC. Ambos órganos deben tener en cuenta que sus decisiones pueden ser condenables en el ámbito internacional generando cuantiosas indemnizaciones para el Estado Peruano.

En este artículo, desarrollaremos la jurisprudencia que existe sobre esta materia (Sección 2). Luego, describiremos los aportes y lecciones que nos brindan estos casos (Sección 3). Acto seguido, analizaremos un caso peruano que podría potencialmente dar lugar a responsabilidad del Estado Peruano (Sección 4). Por último, se brindarán las conclusiones más importantes (Sección 5).

2. La jurisprudencia en materia de inversiones

A continuación desarrollaremos los principales pronunciamientos de tribunales arbitrales en materia de inversión que se han enfrentado a esta problemática.

2.1. Saipem v. Bangladesh

En el año 2009, un Tribunal Arbitral⁽⁵⁾ consideró que la interferencia en un arbitraje y la posterior declaración de inexistencia de un laudo realizada por una corte de Bangladesh, constituía una expropiación de la inversión de un inversionista extranjero (Saipem). La controversia se originó muchos años atrás, cuando Saipem, una sociedad constituida en Italia, decidió invertir en Bangladesh. En 1990, celebró un contrato con la empresa estatal Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla) para construir una línea de gas de más de 400 kilómetros en varias zonas del noreste de Bangladesh. Este contrato establecía, entre otras cuestiones, que si ocurría una controversia, esta se debía resolver en un arbitraje institucional ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y que la sede del arbitraje sería Dhaka, Bangladesh.

Resulta que se generó una controversia por unos retrasos en la conclusión del proyecto. Saipem alegaba que estos se debían a una serie de actos imputables a Petrobangla relacionados

a los conflictos con los pobladores locales que se habían revelado contra el proyecto, mientras que la entidad pública rechazaba la existencia de tal responsabilidad. Además, las partes prorrogaron el término del proyecto, frente a lo cual Saipem reclamó mayores costos por el retraso de 21 millones de dólares, mientras que Petrobangla alegó daños de más de 90 millones de dólares por este retraso.

Ante los problemas de pago y una vez concluido el proyecto, Saipem presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI contra Petrobangla en junio de 1993. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, Petrobangla objetó su jurisdicción, frente a lo cual los árbitros la rechazaron mediante un laudo de jurisdicción de noviembre de 1995. A partir de este momento, Petrobangla y el Estado de Bangladesh iniciaron una serie de acciones contra el correcto desenvolvimiento del arbitraje. En efecto, existieron intimidaciones contra testigos claves de Saipem y el Poder Judicial de Bangladesh dictó una serie de *injunctives* ordenando detener el arbitraje. Asimismo, el Poder Judicial desconoció la autoridad del Tribunal Arbitral de la CCI.

Frente a todo ello, en abril de 2001 el Tribunal Arbitral decidió continuar con el procedimiento sobre la base que eran ellos quienes tenían la jurisdicción exclusiva y no las cortes de Bangladesh. Asimismo, el Tribunal Arbitral determinó que la revocación de la autoridad realizada por las cortes de Bangladesh era contraria a los principios generales que rigen el arbitraje internacional.

En mayo de 2003, el Tribunal Arbitral emitió el laudo final, en el que estableció que Petrobangla había incumplido el contrato y que debía compensar a Saipem por una suma de

(5) *SAIPEM S.p.A v. The People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7) Laudo del 30 de junio de 2009 (en adelante, *Saipem v. Bangladesh*).



Fernando Cantuarias Salaverry y Jose Luis Repetto Deville

más de 6 millones de dólares, más intereses. De inmediato, Petrobangla buscó anular el laudo. El 21 de abril de 2004, el Poder Judicial de Bangladesh encontró que los árbitros al no respetar sus decisiones habían generado una nulidad a los ojos de la ley y que, por lo tanto, el laudo era a los ojos de esa ley uno claramente ilegal y sin jurisdicción. Sentenció, en consecuencia, que el laudo era inexistente y, por lo tanto, no requería ser anulado y mucho menos ejecutado.

En octubre de 2004, Saipem presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI contra Bangladesh, en la que solicitó que declare que Bangladesh había expropiado su inversión sin ser compensada y que había incumplido sus obligaciones internacionales bajo el BIT Italia - Bangladesh. Asimismo, solicitó el pago de una indemnización por más de doce millones de dólares.

En la decisión de jurisdicción del 21 de marzo de 2007, el Tribunal Arbitral de inversión⁽⁶⁾ encontró que la inversión que había realizado Saipem no fue creada en el laudo CCI, sino que esta provenía del Contrato. En palabras del Tribunal Arbitral, el laudo CCI solo había cristalizado los derechos y obligaciones de las partes contenidos en el contrato original. En ese sentido, la inversión satisfacía los requisitos del BIT Bangladesh-Italia⁽⁷⁾. En esa línea, en la misma decisión de jurisdicción, el Tribunal Arbitral⁽⁸⁾ encontró que era posible que una decisión judicial termine constituyendo una expropiación conforme al BIT Bangladesh- Italia⁽⁹⁾.

En el laudo final, el Tribunal Arbitral del CIADI concluyó que la revocación de la autoridad

- (6) *SAIPEM S.p.A v. The People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7) Decisión de Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales del 21 de marzo de 2007:
"110. Finally, the Tribunal wishes to emphasize that for the purpose of determining whether there is an investment under Article 25 of the ICSID Convention, it will consider the entire operation. In the present case, the entire or overall operation includes the Contract, the construction itself, the Retention Money, the warranty and the related ICC Arbitration. (...)
127. This said, the rights embodied in the ICC Award were not created by the Award, but arise out of the Contract. The ICC Award crystallized the parties' rights and obligations under the original contract. It can thus be left open whether the Award itself qualifies as an investment, since the contract rights which are crystallized by the Award constitute an investment within Article 1(1)(c) of the BIT".
- (7) El BIT Bangladesh-Italia establece en su artículo 1 lo siguiente: "[1] The term "investment" shall be construed to mean any kind of property invested before or after the entry into force of this Agreement by a natural or legal person being a national of one Contracting Party in the territory of the other in conformity with the laws and regulations of the latter. Without limiting the generality of the foregoing, the term "investment" comprises: a) movable and immovable property, and any other rights in rem including, insofar as they may be used for investment purposes, real guarantees on other property; b) shares, debentures, equity holdings and any other negotiable instrument or document of credit, as well as Government and public securities in general; c) credit for sums of money or any right for pledges or services having an economic value connected with investments, as well as reinvested income as defined in paragraph 5 hereafter; [...] e) any right of a financial nature accruing by law or by contract and any licence, concession or franchise issued in accordance with current provisions governing the exercise of business activities, including prospecting for, cultivating, extracting and exploiting natural resources".
- (8) *SAIPEM S.p.A v. The People's Republic of Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/7) Decisión de Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales del 21 de marzo de 2007: "132. (...) the Tribunal considers that there is no reason why a judicial act could not result in an expropriation. Nothing in the BIT indicates such a limitation. Moreover, Bangladesh did not cite any decision supporting the opposite view. Quite to the contrary, the Tribunal notes that the European Court of Human Rights had no hesitation to hold that court decisions can amount to an expropriation³⁶. Indeed, this is at least implicitly conceded by Bangladesh when it insists on the fact that consent to jurisdiction over the purported expropriation by acts of the judiciary is excluded by Article 5.1 of the BIT (Tr. J. II, 33:6-9; see section 5.3 below).
133. For these reasons, the Tribunal considers that the facts alleged by Saipem would be capable of constituting an expropriation under Article 5 of the BIT if they were established".
- (9) El BIT Bangladesh-Italia establece en su artículo 5 lo siguiente: "(1) The investments to which this Agreement relates shall not be subject to any measure which might limit permanently or temporarily their joined rights of ownership, possession, control or enjoyment, save where specifically provided by law and by judgments or orders issued by Courts or Tribunals having jurisdiction.

La responsabilidad internacional de los Estados por anular o no reconocer laudos *The international responsibility of States due to cancel or not to recognize awards*

de los árbitros realizada por el Poder Judicial de Bangladesh era contraria al derecho internacional y, en particular, contra la prohibición del abuso del derecho y de la Convención de Nueva York.

Asimismo, el Tribunal Arbitral determinó que si bien la decisión de la Corte Suprema de Bangladesh de declarar inexistente el laudo arbitral parecería comprensible de acuerdo a su derecho interno, de acuerdo al derecho internacional era abiertamente defectuosa. En ese sentido, el Tribunal Arbitral determinó que:

“While the decision of the Supreme Court may appear understandable under domestic law, the fact remains that under international law it is flawed. Moreover, the fact that Petrobangla felt compelled to bring an action to set aside the ICC Award tends to demonstrate that the Revocation Decision did not finally dispose of the matter. As a matter of common sense, the Tribunal cannot but agree with Saipem that the Supreme Court’s decision declaring the ICC Award “non-existent” constituted the “coup de grâce” given to the arbitral process, thus removing any doubt that might have remained about the effect of the courts’ intervention.”

Todos estos hechos crearon la convicción en el Tribunal Arbitral que el Estado de Bangladesh expropió la inversión de Saipem. Por ello, ordenó a ese Estado a pagar más de 6 millones de dólares, más intereses legales a una tasa de interés de 3.375% calculados desde el 7 de junio de 1993.

2.2. ATA v. Jordania

En el año 2010, un Tribunal Arbitral del CIADI⁽¹⁰⁾ consideró que las acciones adoptadas por el Poder Judicial de Jordania que culminaron en la anulación de un laudo y la subsiguiente extinción de un convenio arbitral, constituían una violación del estándar del trato justo y equitativo. Este caso no es del todo semejante al anterior, por lo que conviene hacer una serie de precisiones.

ATA Construction, Industrial and Trading Company (ATA), una empresa de construcción constituida de acuerdo a las leyes de

Turquía, celebró en mayo de 1998 un contrato FIDIC con la Arab Potash Company (APC, una empresa controlada por el Gobierno de Jordania) para construir un dique en el Mar Muerto. Este contrato se sometió a las leyes de Jordania y las partes acordaron remitir cualquier controversia a un arbitraje FIDIC, con sede en Jordania.

ATA terminó de construir el dique y se lo entregó a APC. Cuando esta última lo empezó a llenar de agua, repentinamente una sección del dique colapsó. Seguidamente se suscitó una controversia, porque las dos partes sostenían que el colapso no era de su responsabilidad, sino de su contraparte. APC inició un arbitraje demandando a ATA, y esta reconvinó planteando pretensiones contra APC. El 30 de setiembre de 2003 se emitió un laudo, en el que se exoneró de responsabilidad a ATA y se rechazaron todas las pretensiones de APC.

De manera posterior a la emisión del laudo, el gobierno de Jordán vendió el 52% de sus acciones en APC a una empresa canadiense. A los pocos días de ocurrido ello, APC solicitó la anulación del laudo al amparo de la Ley de Arbitraje de Jordania. La Corte de Apelaciones de Jordania anuló el laudo y extinguió el convenio arbitral entre ATA y APC. Esto bajo el razonamiento de que el Tribunal Arbitral había cometido un error al interpretar un artículo del Código Civil de Jordania, el cual a juicio de la Corte de Apelaciones, no era aplicable a los hechos del caso.

Nótese que la Corte acto seguido de anular el laudo decidió extinguir el convenio arbitral

(2) Investments of investors of one of the Contracting Parties shall not be directly or indirectly nationalized, expropriated, requisitioned or subjected to any measures having similar effects in the territory of the other Contracting Party, except for public purposes, or national interest, against immediate full and effective compensation, and on condition that these measures are taken on a non-discriminatory basis and in conformity with all legal provisions and procedures”.

(10) *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Laudo del 18 de mayo de 2010 (en adelante, *ATA v. Jordan*).



Fernando Cantuarias Salaverry y Jose Luis Repetto Deville

sobre la base de una Ley de Arbitraje de Jordania emitida años después de que se suscribiera el contrato, la cual establece que una vez anulado el laudo el convenio arbitral queda extinguido. ATA apeló la decisión a la Corte de Casación de Jordania, quien reafirmó lo decidido por la Corte de Apelaciones de Jordania.

Frente a ello, ATA presentó una solicitud de arbitraje ante el CIADI contra la República de Jordania por haber violado el trato justo y equitativo, haber cometido denegación de justicia y haber expropiado su inversión al amparo del BIT Jordania - Turquía.

Como una cuestión previa, el Tribunal Arbitral de inversiones sostuvo que no tenía jurisdicción *rationae temporis* para conocer las reclamaciones relativas a la denegación de justicia que se encuentran vinculadas a la anulación del laudo decidida por la Corte de Apelaciones de Jordania, ya que el BIT Jordania - Turquía entró en vigencia en fecha posterior a esta sentencia. Sin embargo, el Tribunal Arbitral sí tenía jurisdicción *rationae temporis* para conocer las reclamaciones derivadas de la decisión de la Corte de Casación de Jordania que declaró extinguido el convenio arbitral contenido en el Contrato⁽¹¹⁾.

Una vez superado ello, el Tribunal Arbitral encontró que la nueva ley de arbitraje que extinguía el derecho de ATA de iniciar un nuevo arbitraje una vez anulado el laudo es contraria al BIT Jordania - Turquía. Esto porque el derecho a arbitrar era una parte integral del Contrato y constituía un activo al amparo del BIT:

“125. The right to arbitration was an integral part of the Contract and, as noted earlier in this Award, constituted an “asset” under the Treaty. In the words of the Preamble to the Treaty, Jordan and Turkey agreed “that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources.” The extinguishment of the Claimant’s right to arbitration by the Jordanian courts thus violated both the letter and the spirit of the Turkey - Jordan BIT”.

(11) ATA v. Jordan. parágrafo 95.

(12) ATA v. Jordan. parágrafo 118.

(13) ATA v. Jordan. parágrafo 124.

(14) ATA v. Jordan. parágrafo 132.

(15) *Frontier Petroleum Services Ltd v. Czech Republic*. Laudo Final del 12 de noviembre de 2010 (en adelante, *Frontier v. República Checa*).

En ese sentido, los Estados contratantes en el BIT habían otorgado a los inversionistas nacionales del otro Estado parte un trato justo y equitativo que consistía en brindar un marco legal estable. Esto se violó cuando la Corte de Casación Jordana extinguió el válido derecho a arbitrar de ATA⁽¹²⁾.

En efecto, según el Tribunal Arbitral, las partes al contratar en el año 1998 lo hicieron bajo una ley de arbitraje que no establecía como consecuencia de la anulación de un laudo la extinción del convenio arbitral. Esta ley fue derogada recién en el año 2001, oportunidad en la que se introdujo en la nueva ley de arbitraje que el convenio arbitral se extinguía como consecuencia de la anulación de un laudo. Fue la aplicación retroactiva de la ley realizada por la Corte de Casación de Jordania la que eliminó el derecho a arbitrar de ATA, lo que constituyó, según el Tribunal Arbitral del CIADI, una violación del Trato Justo y Equitativo⁽¹³⁾. En efecto, el Tribunal Arbitral sostuvo lo siguiente: “126. The retroactive effect of the Jordanian Arbitration Law, which extinguished a valid right to arbitration deprived an investor such as the Claimant of a valuable asset in violation of the Treaty’s investment protections”.

En base a ello, el Tribunal Arbitral⁽¹⁴⁾ ordenó: (i) la terminación de cualquier procedimiento judicial y cualquier interferencia judicial en Jordania o en cualquier lugar de los méritos de la disputa y (ii) que ATA tiene el derecho de iniciar un nuevo arbitraje en los términos del contrato.

2.3. Frontier Petroleum v. República Checa
Un Tribunal Arbitral⁽¹⁵⁾ de inversiones consideró

La responsabilidad internacional de los Estados por anular o no reconocer laudos
The international responsibility of States due to cancel or not to recognize awards

que un laudo constituía una inversión para propósitos jurisdiccionales, pero rechazó los méritos de la disputa porque el demandante (Frontier Petroleum) no logró probar que la decisión del Poder Judicial de la República Checa de denegar el reconocimiento de un laudo extranjero fuera arbitraria, discriminatoria o de mala fe, requisitos para que se llegue a considerar una violación del estándar de denegación de justicia.

En efecto, el demandante, Frontier Petroleum Services (en adelante, Frontier) una empresa constituida en Canadá, inició un arbitraje bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL contra la República Checa, al amparo del BIT Canadá - Checoslovaquia. Para Frontier la decisión del Poder Judicial de República Checa de denegar el reconocimiento de un laudo dictado en Estocolmo (Suecia) que amparaba unos créditos concursales constituía una denegación de justicia.

El Tribunal Arbitral consideró que tenía jurisdicción para conocer esta controversia. Esto debido a que un laudo es susceptible de ser considerado una inversión (el laudo cristalizaba una inversión). En efecto, el Tribunal Arbitral sostuvo lo siguiente:

*“This Tribunal accepts that Claimant’s original investment consisted of the payments made to MA and Davidová between 18 April 2001 and 14 August 2001, which were transformed into an entitlement to a first secured charge in the Final Award. The Tribunal also notes that Article 1(a) of the BIT provides that “[a]ny change in the form of an investment does not affect its character as an investment”. Accordingly, by refusing to recognise and enforce the Final Award in its entirety, the Tribunal accepts that Respondent could be said to have affected the management, use, enjoyment, or disposal by Claimant of what remained of its original investment. Further, Article IX refers to “a measure” in the singular, such that this Tribunal’s jurisdiction *ratione materiae* may be established over this dispute if Claimant shows that it relates to the effects of at least one measure taken by Respondent on the management, use, enjoyment, or disposal of its investment”⁽¹⁶⁾.*

Sin embargo, el Tribunal Arbitral al analizar si la conducta de la Corte de la República Checa de denegar el reconocimiento del laudo constituía una denegación de justicia, consideró que el

reclamo del demandante no tenía fundamento. Ello por cuanto el Tribunal Arbitral hizo énfasis en que la denegación del reconocimiento realizada por el Poder Judicial de la República Checa al menos tenía cierto fundamento en la Convención de Nueva York.

De hecho, la razón por la cual se había denegado el reconocimiento del laudo emitido en Estocolmo, fue porque el laudo violaba el orden público de República Checa, debido a que los créditos establecidos en el laudo que se pretendía reconocer eran contrarios a una disposición de la ley concursal de la República Checa. Además, el Tribunal Arbitral sostuvo que Frontier no había logrado probar que se haya actuado de manera arbitraria o discriminatoria, sino que más bien había tenido sendas oportunidades (cuatro niveles judiciales) para probar con argumentos legales que la interpretación del Poder Judicial checo era equivocada. En efecto, el Tribunal Arbitral sostuvo textualmente lo siguiente:

“529. While these authorities may be distinguished from the present case, and the question generally has not yet received adequate treatment such that any firm conclusions can be drawn, they do lend support to the integrity of the approach of the Czech courts. Thus, in terms of the substantive law result, the interpretation of the international public policy of the Czech Republic adopted by the Czech courts is reasonably tenable. As far as the alleged violation of the fair and equitable treatment standard pursuant to Article III of the BIT is concerned, this Tribunal concludes that there is no indication that the courts determining Claimant’s requests for the recognition and enforcement of the Final Award acted arbitrarily, discriminatorily, or in bad faith. Claimant’s requests were entertained by four levels of courts and

(16) *Frontier v. República Checa*; párrafo 231.



Fernando Cantuarias Salaverry y Jose Luis Repetto Deville

Claimant had several opportunities to submit legal arguments on the proper interpretation and application of the exceptions to the recognition and enforcement of the Final Award established under Article V of the New York Convention.”

En ese sentido, el Tribunal Arbitral de inversiones resolvió en el fondo que no existía una denegación de justicia que fuera contraria a las obligaciones internacionales que asumió la República Checa en virtud del BIT Canadá - Checoslovaquia.

2.4. GEA v. Ucrania

Contrario a los tres casos anteriores, en este caso un Tribunal Arbitral del CIADI⁽¹⁷⁾ afirmó que para efectos del BIT Alemania - Ucrania un laudo por sí solo no puede ser considerado una inversión.

La controversia se generó porque New Klöckner (que fue adquirida por GEA) celebró un *Conversion Contract* con Oriana (una empresa química estatal de Ucrania) que involucraba, entre otras prestaciones, suministrar 200 000 toneladas de combustible Natfa para conversión.

En el devenir contractual, se generaron controversias respecto a la cantidad efectivamente entregada de combustible. Esto derivó en la celebración de un *Settlement Agreement* y un *Repayment Agreement*. Los dos acuerdos contenían un convenio arbitral CCI con sede en Viena, Austria. Resulta que GEA inició un arbitraje ante la CCI y obtuvo un laudo favorable por más de 30 millones de dólares.

Seguidamente, GEA solicitó el reconocimiento y la ejecución del laudo ante el Poder Judicial de Ucrania. Oriana

objetó el reconocimiento del laudo alegando que el *Repayment Agreement* era inválido porque había sido suscrito por personas no autorizadas. Este razonamiento fue acogido por la Corte de Apelaciones de Ivano-Frankvisk Región de Ucrania, de la siguiente manera:

“Considering the case, the court ascertained that the [Repayment Agreement] was concluded and signed in contradiction to the Ukrainian effective legislation by the representatives of OJSC “Oriana” without duly authorized powers”.

GEA interpuso recurso de casación, que fue desestimado por la Corte Suprema de Ucrania. Luego de que GEA fracasó en otros intentos de cobro ante el Poder Judicial de Ucrania, inició un arbitraje de inversiones al amparo del BIT Alemania - Ucrania, sosteniendo que Ucrania había incumplido sendas disposiciones de este Tratado. Ucrania objetó la jurisdicción del Tribunal Arbitral manifestando, entre otras cuestiones, que GEA no había realizado una inversión al amparo del BIT.

En el laudo, el Tribunal Arbitral del CIADI encontró que el *Conversion Contract* sí constituía una inversión de acuerdo a los términos del Tratado⁽¹⁸⁾, en tanto no sólo era un simple contrato de suministro de combustible, sino que era parte de una operación económica

(17) *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*. ICSID Case No. ARB/08/16, Laudo del 31 de marzo de 2011 (en adelante, *GEA v. Ucrania*).

(18) Artículo 1 del BIT Alemania - Ucrania:

“For purposes of this agreement

1) the term “investments” means assets of any kind, in particular

a) movable and immovable property and other rights in rem such as mortgages and security interests;

b) equity interests and other stakes in companies;

c) claims to funds used to create material or immaterial values and claims to performances having such value;

d) intellectual property rights such as, in particular, copyrights, patents, utility models, industrial designs and models, trademarks, trade names, company and business secrets, technological processes, know-how and goodwill;

e) rights to the exercise of an economic activity including rights to the search for and the exploration, extraction and utilisation of natural resources on the basis of statutory provisions or granted under an agreement concluded in accordance with such statutory provisions.

Any change to the form in which assets are invested shall not affect their nature as investments”.

La responsabilidad internacional de los Estados por anular o no reconocer laudos *The international responsibility of States due to cancel or not to recognize awards*

que involucraba know-how logístico, marketing y movilización y reparación de equipos⁽¹⁹⁾, lo cual se había extendido durante tres años y supuso múltiples riesgos.

Sin embargo, el Tribunal Arbitral consideró que ni el *Settlement Agreement* o el *Repayment Agreement* o el laudo CCI constituían una inversión en los términos del BIT. En efecto, respecto al *Settlement Agreement* y el *Repayment Agreement*, el Tribunal Arbitral⁽²⁰⁾ encontró que estos acuerdos no habían condicionado a que GEA realice una inversión en Ucrania, sino que eran meras declaraciones de bienes no entregados y que solo establecían un reconocimiento de deudas.

En cuanto al laudo CCI, el Tribunal Arbitral estableció que este laudo no era más que un instrumento legal que establecía derechos y obligaciones relacionados con el *Settlement Agreement* y el *Repayment Agreement*, que no constituía una inversión⁽²¹⁾. Asimismo, en un dicta el Tribunal Arbitral⁽²²⁾ estableció que un laudo si bien decide derechos y obligaciones relacionados a una inversión, no se puede afirmar que un laudo por sí mismo constituya una inversión de acuerdo a los términos del BIT.

Incluso el Tribunal Arbitral fue más allá y criticó lo decidido en el caso *Saipem v. Bangladesh* de la siguiente manera:

“163. It may be noted that in the Decision on Jurisdiction in Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh (a case heavily relied upon by the Claimant), the Tribunal made statements that are difficult to reconcile, i.e., that the ICC arbitration is part of the investment (under the heading: “Has Saipem made an investment under Article 25 of the ICSID Convention?”); that the ICC award is not part of the investment (under the heading “Does the dispute arise directly out of the Investment?”); and that it is unnecessary to decide whether the ICC award is part of the investment (under the heading “Jurisdictional objections under the BIT”).”

(19) *GEA v. Ucrania*; párrafo 152.

(20) *GEA v. Ucrania*; párrafos 156-157.

(21) *GEA v. Ucrania*; párrafo 161.

(22) *GEA v. Ucrania*; párrafo 162.

(23) *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*. Laudo del 30 de noviembre de 2011 (en adelante, *White Industries v. India*).

Como vemos, para el Tribunal Arbitral del caso *GEA v. Ucrania*, un laudo no puede ser considerado una inversión.

2.5. *White Industries v. India*

El Tribunal Arbitral de inversiones en el caso *White Industries v. India*⁽²³⁾ consideró que un laudo constituía una inversión, porque era la continuación o transformación de la inversión, según el BIT India - Australia.

Una empresa australiana, *White Industries* celebró un contrato con *India Coal* (una empresa pública de la India) en virtud del cual se comprometió a equipar y operar la mina de carbón *Pipawar* en la India. Este contrato contenía un convenio arbitral CCI, cuya ley aplicable era la Ley de la India, pero no se estableció la sede del arbitraje.

Una vez que *White Industries* hubo instalado lo que se había comprometido, *India Coal* objetó la calidad del equipo y se negó a pagar el bono de cumplimiento de más de 2 millones dólares australianos. Asimismo, la empresa estatal ejecutó la fianza bancaria que le había otorgado *White Industries* por más de 2.7 millones de dólares australianos.

White Industries demandó arbitralmente a *India Coal* ante la CCI. La Corte de la CCI estableció como sede del arbitraje París, Francia. El Tribunal Arbitral en el laudo resolvió que *India Coal* debía pagar el bono de cumplimiento a *White Industries*, así como devolver la fianza.

Aun cuando el laudo había sido emitido en París, *Coal India* solicitó su anulación ante



Fernando Cantuarias Salaverry y Jose Luis Repetto Deville

la Corte Superior de Calcuta (India). De acuerdo a la Ley de Arbitraje de la India, su Poder Judicial es competente para anular un laudo arbitral extranjero que aplique la Ley de la India⁽²⁴⁾. Al mismo tiempo, White Industries solicitó el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral CCI ante la Corte Superior de Nueva Delhi (India). Ante esta situación, ambos pedidos subieron a la Corte Suprema de la India.

Tras cinco años de esperar que se emita una decisión, White Industries inició un arbitraje ad hoc de inversiones bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL, afirmando que la India había violado sendas disposiciones del BIT Australia - India, dentro de las que resaltaban el estándar del trato justo y equitativo. Esto por las siguientes razones: (i) la India había denegado justicia a White Industries, (ii) la India había frustrado las legítimas expectativas de White Industries y (iii) Coal India había expropiado ilegalmente y retenido la fianza bancaria. Asimismo, White Industries solicitó importar la disposición sustantiva de “*effective means of asserting claims*” contenido en otro Tratado suscrito por la India, en virtud de la cláusula de nación más favorecida. Todo esto por la demora en la resolución de reconocimiento del laudo CCI.

Por su parte, la India objetó la jurisdicción del Tribunal Arbitral de inversiones, manifestando que White Industries no califica como inversionista según el BIT en cuestión y no ha realizado una inversión en la India.

En su decisión, el Tribunal Arbitral se permitió discrepar de lo resuelto por el Tribunal Arbitral en el caso *GEA v. Ucrania*. En primer lugar, se identificó que lo afirmado en GEA era parte de un dicta y se agregó lo siguiente:

“7.6.8 The Tribunal considers that the conclusion expressed by the GEA Tribunal represents an incorrect departure

from the developing jurisprudence on the treatment of arbitral awards to the effect that awards made by tribunals arising out of disputes concerning “investments” made by “investors” under BITs represent a continuation or transformation of the original investment.

[Nota al pie] Rather than define awards as “investments” in and of themselves, tribunals such as Mondev, Chevron and Frontier Petroleum Services have characterized their findings as providing protection to the subsisting interests that [the investor] continued to hold in the original investment”.

El Tribunal Arbitral⁽²⁵⁾ en el tema específico que nos convoca (la determinación de si un laudo puede ser considerado una inversión) señaló que efectivamente el laudo CCI constituía una cristalización de los derechos contractuales que como inversionista gozaba White Industries y, por lo tanto, estaba protegido por el BIT aplicable.

A continuación, el Tribunal Arbitral consideró que la India no había violado las legítimas expectativas de White Industries cuando su Corte Suprema no se había pronunciado sobre la anulación del laudo arbitral. Esto porque White Industries conocía al momento de contratar que si sometía su contrato a la Ley de la India, el Poder Judicial de la India se iba a declarar competente para conocer el

(24) Según la Corte Suprema de la India, aun cuando un laudo arbitral sea dictado fuera de ese foro (como en este caso, que lo fue en París), si el convenio arbitral está sujeto a la legislación de ese país, entonces no será de aplicación la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros de 1958. Esta postura ha sido activamente atacada por los expertos en esta materia. Así, por ejemplo, PAULSSON, Jan. *The New York Convention's Misadventures in India*. En: *Mealey's International Arbitration Report*. Volumen 7. No. 6, 1992; p. 8; señala lo siguiente: “[This is an] example(...) of parochial overreaching by a national legal system. It is hoped that the trend will be reversed in India, and not copied elsewhere. For now, India stands alone in this respect; no other legal system has adopted such an aggressively nationalistic posture(...) It is to be hoped that the Indian legal system will find a way to reverse this deleterious holding and to reassure the international legal community of its intent to apply the New York Convention faithfully”.

(25) *White Industries v. India*; párrafo 7.6.10.

La responsabilidad internacional de los Estados por anular o no reconocer laudos *The international responsibility of States due to cancel or not to recognize awards*

recurso de anulación, por más que el laudo haya sido dictado en otro país. En efecto, el Tribunal Arbitral entendió lo siguiente:

“10.3.13 In these circumstances, the Tribunal concludes that White could not legitimately have expected that India would “apply the [New York] Convention properly and in accordance with international standards” as such standards were understood by White”.

Es más, el Tribunal Arbitral consideró que la India no había violado las legítimas expectativas de White Industries cuando su Corte Suprema no se había pronunciado respecto al reconocimiento del laudo CCI. Esto bajo el razonamiento que White Industries se encontraba en posición de conocer al momento de contratar que la Corte Suprema de la India estaba inundada de carga procesal y que el tiempo de espera de resolución de los casos es de diez años. En ese sentido, el Tribunal Arbitral indicó que:

“10.3.15 Quite apart from the point that an investor must generally take a host State (including its court system) as it finds it, on these facts, and absent an express assurance from India that any award would be enforced in a particular manner or timeframe, it is simply not possible for White, legitimately, to have had the expectation as to the timely enforcement of the Award that it now asserts.

10.3.16 Accordingly, the Tribunal concludes that this allegation of breach of the fair and equitable standard must also be dismissed”.

En cuanto a la alegación de denegación de justicia, el Tribunal Arbitral manifestó que el estándar es alto, y que si bien la administración de justicia es ciertamente insatisfactoria en la India en términos de eficiencia, no se ha logrado probar una denegación de justicia. Asimismo, agregó que si bien el procedimiento se ha demorado, no se ha probado mala fe que genere una “deficiencia particularmente grave o una conducta atroz que impacte o al menos sorprenda, un sentido de la propiedad judicial”⁽²⁶⁾. En ese sentido, el Tribunal Arbitral rechazó la violación del estándar de denegación de justicia.

Por último, el Tribunal Arbitral determinó que la India había violado el estándar de que el inversionista cuente con un medio

efectivo de hacer valer sus reclamaciones que fue importado del BIT India - Kuwait a través de la cláusula de nación más favorecida. En efecto, el Tribunal Arbitral estableció que:

“11.4.19 In these circumstances, and even though we have decided that the nine years of proceedings in the set aside application do not amount to a denial of justice, the Tribunal has no difficulty in concluding the Indian judicial system’s inability to deal with White’s jurisdictional claim in over nine years, and the Supreme Court’s inability to hear White’s jurisdictional appeal for over five years amounts to undue delay and constitutes a breach of India’s voluntarily assumed obligation of providing White with “effective means” of asserting claims and enforcing rights”.

Por último, el Tribunal Arbitral encontró que la India no había expropiado la inversión de White Industries, porque no había existido una expropiación a la fecha (la decisión de la Corte Suprema aún estaba pendiente de decisión).

Como corolario del fallo, el Tribunal Arbitral ordenó a la India pagar la suma concedida en el laudo arbitral CCI.

3. Responsabilidad internacional de los estados por no reconocer o anular laudos

La casuística citada nos deja una serie de lecciones para nuestro Poder Judicial y para el Tribunal Constitucional.

Cuando el Poder Judicial de un Estado anula un laudo cuyo antecedente contractual califica como una inversión conforme a un BIT celebrado por el Estado en cuestión, bajo una causal que no es reconocida internacionalmente, ello

(26) *White Industries v. India*; párrafos 10.4.22 y 10.4.23.



Fernando Cantuarias Salaverry y Jose Luis Repetto Deville

puede terminar generando la responsabilidad internacional de ese Estado. Si bien el caso *Frontier v. República Checa* se dio en un contexto de reconocimiento de un laudo extranjero, lo allí resuelto puede ser perfectamente aplicable en un caso de anulación de laudos. En ese sentido, por ejemplo si el Poder Judicial anula un laudo porque a juicio de éste se aplicaron mal las normas sobre el fondo, se podría argumentar una violación al trato justo y equitativo, o una denegación de justicia o, en algunos casos, una expropiación de la inversión.

También podrían presentarse problemas cuando el Poder Judicial anula un laudo de estas características por “defectuosa o incompleta motivación”, causal que no es reconocida en los estándares internacionales. Esto supone que el Poder Judicial debe ser lo suficientemente cauteloso al momento de anular laudos, porque puede terminar generando la responsabilidad internacional del Estado.

Lo mismo ocurre cuando no se reconoce un laudo extranjero de estas características bajo causales arbitrarias o localistas que no tienen amparo en la Convención de Nueva York de 1958. En estos casos también podría existir responsabilidad internacional del Estado. El caso *Frontier v. República Checa* delimita muy bien el estándar. Solo una correcta aplicación de una causal reconocida internacionalmente para denegar el reconocimiento (lo cual puede ser ampliado a la anulación) no generará responsabilidad internacional del Estado.

Incluso el mero hecho de tardarse en resolver la solicitud de anulación o el pedido de reconocimiento puede generar la responsabilidad internacional del Estado. En efecto, el caso *White Industries v. India* es un importante antecedente.

Por último, el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional deben ser sumamente cuidadosos al momento de intervenir en el trámite del arbitraje, sea a través de órdenes de suspensión del procedimiento o mediante la adopción de medidas cautelares. A pesar que la vigente Ley de Arbitraje peruana y el precedente No. 06167-2005-HC-TC⁽²⁷⁾ dejan bien en claro que ello no es posible, pretender insistir en esto podría suponer la responsabilidad internacional del Estado, como fue reconocido en el caso *Saipem v. Bangladesh*.

4. Una historia que no debería repetirse

Nos referimos a la anulación de un laudo realizada por una autoridad no competente y bajo un recurso no reconocido en nuestra legislación arbitral y en un tratado del cual el Perú es parte (Convención de Nueva York de 1958): *Ivesur S.A. v. Lidercon S.L.*⁽²⁸⁾.

Este caso se remonta al año 2011, cuando el Tribunal Constitucional emitió un muy cuestionable fallo. En efecto, existía un contrato que contenía el sometimiento de las controversias a un arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Una vez iniciado el arbitraje se requirió a Ivesur que designe a su árbitro. Como esta parte no lo hizo, el Consejo Superior de Arbitraje (que es el encargado de efectuar las designaciones ante el incumplimiento de una de las partes conforme a las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima) procedió a designar como árbitro al doctor Jorge Vega Velasco. Este árbitro junto con el designado por la otra parte, nombraron al presidente del Tribunal Arbitral y luego del procedimiento de arbitraje respectivo, emitieron un laudo.

Pues bien, resulta que al momento en el que se designa al doctor Jorge Vega Velasco como árbitro, dos de los miembros del Consejo Superior de Arbitraje eran el doctor Alonso Rey Bustamante (abogado de Lidercon S.L. y vicepresidente del directorio de la filial peruana de Lidercon S.L.) y el doctor Hugo Sologuren Calmet (socio de un Estudio de abogados junto con el doctor Vega Velasco). Sin embargo, tal y como consta de todo lo actuado, estos dos profesionales jamás intervinieron en la designación del doctor Vega Velasco como árbitro.

(27) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente No. 06167-2005-HC.

(28) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente No. 02851-2010-AA.

La responsabilidad internacional de los Estados por anular o no reconocer laudos
The international responsibility of States due to cancel or not to recognize awards

Frente a esta designación, la empresa Ivesur en vez de recusar al árbitro nombrado por la Cámara de Comercio de Lima, que era la vía que conforme a la Ley de Arbitraje y al Reglamento de Arbitraje al que se sometió correspondía apelar, pretendió una “nulidad” de la designación. La nulidad de la designación fue rechazada como correspondía hacerlo porque no era la vía legal y contractualmente prevista para estos fines. Por su parte, una vez que se emitió el laudo en su contra, Ivesur en vez de reclamar en la vía de anulación de laudo como lo disponía la Ley General de Arbitraje de 1996 (bajo cuyo ámbito se llevó a cabo este arbitraje)⁽²⁹⁾, presentó una acción de amparo pidiendo la nulidad del nombramiento del doctor Vega Velasco y, de paso, del laudo que era contrario a sus intereses.

En su decisión, el Tribunal Constitucional determinó que:

“¿El cuestionamiento conjunto sobre la falta de independencia en el acto de elección de los árbitros y la derivada presunta parcialidad de estos con una de las partes se encuentra contenido dentro de algún supuesto para la interposición del recurso de anulación? Este Colegiado considera que no, toda vez que ya sea por la vía de la aplicación literal o por la vía de la interpretación de las causales de procedibilidad del recurso de anulación contenidos en la Ley General de Arbitraje, aplicable al caso concreto, no es posible, sin desfigurar intensamente la norma legal, admitir que se había previsto el recurso de anulación como vía previa para la instalación del proceso de amparo cuando se cuestiona un asunto constitucional relacionado esencialmente con la independencia en la actuación del CSA al tramitar y emitir las resoluciones cuestionadas y a la derivada presunta parcialidad del árbitro Jorge Vega Velasco en la tramitación del caso arbitral 967-107-2004, al haber sido designado éste por Vocales del CSA quienes habrían sido influidos en su tarea de elección del árbitro en cuestión, viciándose todo el proceso a partir de la emisión de la Resolución No. 0033-2005/CSA-CCANI-CCL de fecha 29 de marzo del 2005”.

También agregó que:

“[A] partir de una evaluación de los hechos en conjunto en la tramitación del caso arbitral No. 967-107-2004 seguido

por la empresa Galashiels S.A. en contra de la recurrente y de Lidercon S.L., advierte que el CSA -encargado de la designación del árbitro de las codemandadas- habría vulnerado la garantía de imparcialidad subjetiva inherente a todo órgano encargado de velar por la garantía de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, en concordancia con la teoría de la apariencia, y con ello se han visto afectados los actos emitidos en torno a la controversia planteada; es decir, la Resolución No. 0033-2005/CSA-CCANI-CCL, de fecha 29 de marzo del 2005, la Resolución No. 0029-2006/CSA-CCANI-CCL, de fecha 21 de febrero del 2006, y todos los actos en los que participó el señor Jorge Vega Velasco en el proceso arbitral No. 967-107-2004. Por estos motivos, resulta un imperativo reconducir el proceso arbitral a sus cauces constitucionales, respetando y restituyendo a la recurrente todas y cada una de las garantías del debido proceso, debiéndose por ello estimar la demanda de amparo, y declararse a su vez la nulidad de las actuaciones referidas realizadas por el Consejo Superior de Arbitraje”.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional anuló un laudo que era cosa juzgada (porque contra dicho laudo no se había interpuesto en término oportuno el recurso de anulación, como así lo exigía y exige la normativa aplicable al arbitraje en el Perú), porque -en sus propias palabras- existía una supuesta (y no comprobada porque los vocales no participaron en la designación) parcialidad no de los árbitros (como lo establece la Ley) sino de la Cámara de Comercio de Lima quien designó a uno de los árbitros ante la no designación de su árbitro por parte de Ivesur. Y todo esto en base a la aplicación de la “teoría de la apariencia”, sin

(29) Y también lo dispone la actual Ley de Arbitraje de 2008.



Fernando Cantuarias Salaverry y Jose Luis Repetto Deville

que en momento alguno se hubiera recusado al árbitro y tampoco solicitado la anulación del laudo por la causal de indebida constitución del Tribunal Arbitral. Es más, el Tribunal Constitucional no hizo una sola explicación acerca de por qué el incumplimiento de ambos supuestos legal y contractualmente previstos igual habilitaba a lvesur a recurrir al amparo.

Es cierto que los miembros del Tribunal Constitucional podrían alegar en su defensa -si es que existe alguna- que ellos son la “última instancia constitucional en el Perú” y que a ellos les corresponde conocer de las acciones de amparo que se les presente, pero también es cierto que el Tribunal Constitucional peruano es parte del Estado Peruano y, como tal, sus acciones pueden hacer responsable internacionalmente a nuestro Estado.


En efecto, como bien dispone el artículo V de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, de la cual el Perú es parte y como tal se encuentra obligado a observar sus disposiciones, únicamente puede anular un laudo la “autoridad competente” (artículo V(1)(e)) y esta “autoridad competente” conforme a la Ley General de Arbitraje de 1996 y la Ley de Arbitraje de 2008, no es otra que el Poder Judicial, una vez que una de las partes interponga un recurso de anulación de laudo. En otras palabras, el Tribunal Constitucional peruano vía una acción de amparo no es la

“autoridad competente” conforme al Tratado de Nueva York para anular un laudo que ha adquirido además la calidad de cosa juzgada al no haberse activado a tiempo el recurso de anulación⁽³⁰⁾.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional podría terminar generando responsabilidad internacional al Estado Peruano debido a una anulación contraria a la Ley de Arbitraje peruana, a los estándares internacionales y a la Convención de Nueva York. Si bien es cierto existen avances positivos por limitar el amparo contra laudos⁽³¹⁾, lo cierto es que una incorrecta utilización de esta vía puede ser en verdad nefasta, tanto para la práctica del arbitraje en sí, como en relación a la responsabilidad internacional de nuestro Estado.

5. Conclusiones

Los casos de inversiones *Saipem v. Bangladesh*, *ATA v. Jordania*, *Frontier Petroleum v. República Checa* y *White Industries v. India* son muy importantes, ya que sancionan en el ámbito del derecho internacional de las inversiones las acciones obstruccionistas de los Estados contra arbitrajes en los que, conforme a un BIT o TLC, estamos frente a un contrato de inversión. Es más, estos fallos nos recuerdan la importancia que tiene la Convención de Nueva York de 1958 y la necesidad de que países miembros de este Tratado respeten las reglas de juego.

Es pues importante que nuestras instancias jurisdiccionales (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) entiendan de una vez que son parte del Estado Peruano y, como tales, sus decisiones podrán hacer responsable al Estado en el ámbito internacional, en especial, cuando está de por medio una inversión protegida por un Tratado internacional. 

(30) Incluso esta decisión del Tribunal Constitucional puede generar mayores problemas en el futuro, porque una vez que se emitió el laudo, el ganador inició un procedimiento de reconocimiento y ejecución ante las Cortes españolas, al amparo de la Convención de Nueva York de 1958, laudo que fue reconocido e, inclusive, ejecutado contra bienes del deudor. Sin embargo, ante el fallo del Tribunal Constitucional peruano, se viene discutiendo ante esas Cortes si es que la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano y su decisión de anular el laudo está o no en consonancia con los estándares internacionales. Mientras ello sucede, tenemos entendido que la ejecución del laudo se ha paralizado.

(31) Sobre el particular, véase CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y José Luis REPETTO. *La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino*. En: *Forseti*. No. 1, 2014; pp. 97-110.