

REGUTRAN: LA HISTORIA DE UN REGULADOR EXCLUIDO

Pablo Mori Bregante*

A partir de un caso hipotético, muy similar a uno real, en el presente artículo analizamos dos temas muy importantes en la actualidad. En primer lugar, y de manera accesoria, nos referimos a la posibilidad que tiene un organismo regulador de participar como parte –supuestamente no signataria de un convenio arbitral– en un proceso arbitral ya iniciado. Sobre el particular concluimos que esta participación no es posible en tanto se trata únicamente de un representante del Estado, mas no de una parte adicional. En segundo lugar, y de manera principal, analizamos cuál es el recurso correcto que este organismo regulador, así como cualquiera que sea o se considere parte no signataria de un convenio arbitral al amparo del artículo 14 de la actual Ley de Arbitraje tiene para cuestionar su exclusión del proceso arbitral. Sobre el particular concluimos que el único recurso para cuestionar ello es el recurso de anulación, en tanto la resolución que lo excluyó es un laudo parcial en sí mismo.

Revista de Economía y Derecho, vol. 9, nro. 34 (otoño de 2012). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Abogado asociado en Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor principal del curso Fundamentos de la Contratación Contemporánea 2 en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y profesor adjunto del curso Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ganador del Primer Concurso Latinoamericano de Tesis en Arbitraje 2010, organizado por la ICC México y otros, por la presentación de la tesis denominada “El juego de las máscaras: la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el caso de los grupos de sociedades”, realizada en coautoría con Giuseppe Galluccio Tonder.

1 Cualquier parecido con la realidad... no es pura coincidencia

Érase una vez un organismo regulador de transportes (llamémosle Regutran) que tenía ciertas facultades de participación en la ejecución de un contrato de concesión suscrito entre un ministerio (digamos, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones) y la Concesionaria Carreteras Interoceánicas (en adelante, La Concesionaria), contrato que a su vez contenía un convenio arbitral.

La facultad de Regutran era, entre otras, interpretar o emitir opinión respecto a determinadas tarifas a cobrar a La Concesionaria, para que finalmente sea la contraparte, el MTC, quien decida cómo se debía pagar ella.

Es el caso que, ante el surgimiento de un conflicto entra La Concesionaria y el MTC, la primera de ellas inició un proceso arbitral contra el segundo, precisamente en relación con una de las tarifas pactadas. Ante ello Regutran alegó ser parte –no signataria– del contrato de concesión y, por tanto, parte del convenio arbitral y solicitó que se le incluyera como parte del proceso arbitral.

Luego, contando con la oposición a dicha incorporación tanto del MTC como de La Concesionaria –que alegaban que Regutran no podía ser parte del proceso–, el tribunal arbitral denegó la solicitud de incorporación de dicho regulador, en tanto consideró que él no era una verdadera parte del convenio arbitral. Como se esperaba, Regutran interpuso dentro del en el proceso el respectivo recurso de reconsideración y finalmente el tribunal arbitral declaró infundado dicho recurso y excluyó definitivamente del proceso al regulador.

Como es evidente, Regutran no se encontraba de acuerdo con dicha decisión. Por tanto decidió esperar la conclusión del proceso para luego presentar una acción constitucional de amparo contra el laudo final del mismo, para lo que alegó la vulneración de su derecho de defensa al habersele excluido del proceso y supuestamente no habersele permitido defenderse adecuadamente.

Teniendo en cuenta ello surgen una serie de preguntas: ¿actuó correctamente Regutran al esperar la conclusión del proceso arbitral? ¿Fue el proceso constitucional de amparo la vía correcta para cuestionar su exclusión del proceso? Y si no fue así, ¿qué debió hacer el regulador?

Sobre la base de este caso hipotético, a través del presente artículo buscaremos resolver dichas preguntas, para desarrollar un marco general respecto al recurso correcto que tienen las partes no signatarias de un convenio arbitral, o al menos quienes alegan serlo, para cuestionar la decisión del tribunal arbitral que resuelve excluirlas del proceso.

2 Partes no signatarias del convenio arbitral

Como se sabe, el artículo 14 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, el DLA)¹ introduce un concepto novedoso tanto en la legislación nacional como internacional. Nos referimos a la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes no signatarias de este.

Nótese que nos referimos a verdaderas “partes” del convenio arbitral y no a simples terceros a los cuales el convenio se debe extender, situación que además consideramos inviable en el arbitraje. En efecto, del texto del artículo 14 consideramos que este se refiere a verdaderas partes, que si bien no firmaron el convenio, por diferentes circunstancias se debe entender que sí manifestaron su conformidad con él. Como ya hemos manifestado en anterior oportunidad², no se trata de “terceros” no signatarios, sino de “partes” no signatarias del convenio arbitral.

En ese sentido, si bien según nuestro criterio el arbitraje es una figura contractual y por ello requiere principalmente la firma para que alguien pueda ser considerado como parte del convenio, “la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las Cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a *partes no signatarias* cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe”³. [Las cursivas son nuestras].

En ese sentido, según nuestro criterio, estamos ante una forma de consentir el contrato de arbitraje de manera distinta a la clásica establecida en el Código Civil, al menos distinta a la establecida en el artículo 1373, que requiere que la oferta sea aceptada para que un contrato quede perfeccionado⁴. Por el contrario, en este caso tenemos un consentimiento derivado, no de la aceptación expresa de las partes,

sino únicamente de la conducta de los no signatarios. Es decir, un consentimiento, que podríamos llamar tácito, surgido a través del análisis de la conducta de las partes, tanto signatarias como no signatarias.

En conclusión, consideramos que el artículo 14 del DLA permite extender la invitación al arbitraje no solo a quienes firmaron el contrato principal o el convenio arbitral contenido en este, sino también a quienes cuentan con derechos y obligaciones respecto a dicho contrato, pese a que no lo firmaron, pero que por diversas conductas se debe entender que sí lo consintieron.

En esa línea, toda vez que se trata de verdaderas partes –no signatarias– del convenio arbitral, o al menos así es como se consideran⁵, deberán tener los mismos derechos y obligaciones que las partes signatarias. Ello incluye, entre otras cosas, que estas partes no signatarias tienen el derecho y a la vez el deber de contar con los mismos recursos para cuestionar las resoluciones que les afecten en el curso del proceso arbitral, lo que incluye a su vez el laudo arbitral, tal como veremos a continuación.

3 Mecanismo idóneo de las partes no signatarias para cuestionar la resolución que las excluye del proceso arbitral

Desde la entrada en vigencia del DLA se ha venido discutiendo y escribiendo sobre la forma como incorporar a los no signatarios dentro del proceso arbitral, indicándose que para ello los tribunales arbitrales deberán tener en cuenta la conducta previa de dichos supuestos no signatarios, para determinar si manifestaron o no su consentimiento al convenio, para decidir si los incorporaba o no como partes del proceso.

En ese sentido, por ejemplo, Santistevan ha dicho: “Lo que ocurre es que, consecuente con la naturaleza flexible del arbitraje, con la opción *ab probationem* de las más modernas legislaciones para la existencia del convenio arbitral y con la necesidad de dar eficacia al arbitraje como solución de controversias, *la extensión del convenio arbitral exige un cuidadoso análisis de los hechos y de todas las circunstancias que rodean al caso, así como las conductas desarrolladas por las partes involucradas que permita descubrir consentimientos implícitos por parte de los no signatarios*”⁶. [Las cursivas son nuestras].

Sin embargo, la práctica arbitral nos enseña que el artículo 14 del

DLA ha abierto gran cantidad de aristas sobre las cuales se puede comentar, muchas de las cuales aún no han sido muy discutidas en doctrina, pero que cada vez se presentan más frecuentemente en la práctica diaria. Una de ellas es precisamente la que es materia de este artículo, es decir, ¿qué recurso –si alguno– pueden o deben utilizar las partes no signatarias de un convenio arbitral, o quienes alegan considerarse partes no signatarias de él, para cuestionar la decisión que las excluye del proceso arbitral?

En efecto, el principal acercamiento que se ha tenido sobre la aplicación del artículo 14 se refiere a cómo deben proceder los tribunales arbitrales para incorporar a los no signatarios al proceso y qué tipos de conductas deben tener en cuenta para ello. Sin embargo, hasta donde tenemos conocimiento, no existe aún mucha discusión acerca de qué pueden hacer los no signatarios o quienes se consideran así, cuando son excluidos, según su criterio, arbitrariamente de un proceso arbitral.

Es decir, ¿qué sucede cuando alguien, ya sea una persona natural o de otro tipo, alega ser parte no signataria de un convenio arbitral para iniciar una demanda arbitral o para introducirse en un arbitraje en curso, pero el tribunal arbitral considera, correctamente o no, que no fue una verdadera parte del convenio arbitral y por ello decide excluirla del proceso?

Este es precisamente el caso del regulador Regutran que comentamos en la parte inicial del presente artículo, que considerándose parte de un contrato de concesión, y en esa medida parte del convenio arbitral contenido en dicho contrato, solicitó su inclusión como parte del proceso arbitral seguido entre La Concesionaria y el MTC y, sin embargo, el tribunal arbitral no lo consideró como tal.

Recordemos que en nuestro ejemplo el regulador no interpuso ningún recurso judicial contra la resolución del proceso arbitral, que finalmente lo excluyó del proceso. Por el contrario únicamente interpuso una acción constitucional de amparo contra el laudo final, para lo que alegó que se le habría vulnerado su derecho de defensa.

Como vimos, surgen las siguientes preguntas: ¿es dicha vía la correcta? ¿El organismo regulador actuó correctamente al interponer una acción constitucional de amparo contra el laudo final, si se consideraba parte no signataria del convenio arbitral? ¿No tenía este regulador ninguna otra vía para atacar su exclusión del proceso arbitral?

Las respuestas, según nuestro criterio, son: i) no, el proceso constitucional de amparo no fue la vía correcta; ii) no, el organismo regu-

lador se equivocó al interponer dicha acción de amparo; y (iii) sí, este regulador sí tenía una vía adecuada para atacar su exclusión del proceso arbitral, que es el recurso de anulación contra la resolución que lo excluyó.

En esta línea, a continuación explicaremos por qué consideramos que el regulador debió interponer un recurso de anulación contra la resolución que lo excluyó del proceso y no una acción constitucional de amparo contra el laudo final de él.

4 ¿Por qué el recurso de anulación?

Como se mencionó, la vía constitucional de amparo no resulta ser el camino correcto. Por el contrario, en tanto el regulador se consideraba parte –no signataria– del convenio arbitral, debió deducir el recurso respectivo que tiene cualquier parte del convenio, para cuestionar su exclusión del proceso, es decir, el recurso de anulación.

En este extremo resulta necesario precisar que el presente artículo no busca abarcar si era correcto o no el razonamiento que llevó a Regutran a considerarse como parte del convenio arbitral, sino únicamente comentaremos cuál es el camino que debió seguir al considerarse como tal. Sin perjuicio de ello sí consideramos necesario dejar clara y muy brevemente nuestra posición al respecto.

Sobre el particular consideramos que toda vez que el regulador y el MTC son parte del mismo ente, en este caso el Estado peruano, ambas instituciones son en realidad distintas entidades representantes de la misma parte que es el Estado, motivo por el cual consideramos que no es correcto que el regulador se haya querido introducir como una parte adicional del convenio arbitral. En todo caso, si el regulador quería participar en el proceso lo hubiera hecho a través de la defensa del MTC, pero en la misma parte que representan, es decir, el Estado, y no como una parte distinta o adicional y menos aún como un tercero, en la concepción procesal del término.

Según nuestro criterio, no era posible en el caso hipotético planteado, así como tampoco lo es en un caso similar que se presente en la realidad, que un regulador sea incorporado como parte no signataria de un proceso arbitral, aun si tuviera alguna participación en la ejecución de un contrato de concesión en los términos del artículo 14 del DLA. Ello porque –como ya hemos indicado– no se trata de una parte

adicional, sino por el contrario de una misma parte, el Estado, pero únicamente representado por una entidad distinta.

No obstante es necesario tener claro que en este artículo nos pronunciamos teniendo en cuenta que el regulador afirma ser parte del convenio arbitral y, por tanto, afirma ser parte del proceso. En esa medida, independientemente de lo incorrecto de dicha argumentación, lo cierto es que al considerarse como parte del convenio arbitral, el regulador debía realizar todos los actos que las partes del convenio están autorizadas a realizar, como veremos a continuación.

Es decir, sin perjuicio de incorrecta interpretación de los hechos que hace el regulador, lo cierto es que en el caso de nuestro ejemplo este sí se consideraba parte no signataria del convenio, y por ello debió recurrir al recurso que tiene cualquier parte del convenio, es decir, al recurso de anulación.

En efecto, dado que Regutran alegó ser parte del convenio arbitral debió comportarse como tal y usar el recurso correcto para cuestionar su exclusión del proceso. Sin embargo, en nuestro ejemplo el regulador incorrectamente recurrió al proceso de amparo para cuestionar el laudo final del proceso, recurso que únicamente está permitido para que los verdaderos terceros al convenio arbitral –lo que incluye a quienes no se consideren parte de este– cuestionen dicho laudo.

Esto último ha sido recientemente confirmado por el Tribunal Constitucional. En efecto, mediante sentencia del 21 de setiembre de 2011, recaída en el Expediente 00142-2011-PA/TC⁷, el máximo intérprete constitucional ha señalado que el recurso de amparo contra laudos arbitrales únicamente es procedente: i) cuando se trata de la vulneración de precedentes vinculantes, ii) cuando los árbitros han realizado un incorrecto ejercicio del control difuso contra una norma declarada constitucional y iii) cuando es *interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral*.

Así, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente:

“Supuestos de procedencia del amparo arbitral

21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o

el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

c) *Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral* y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales como consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, *salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo 1071*. [Las cursivas son nuestras].

Así, más allá de las dos primeras excepciones –que no abarcan el contexto del presente artículo–, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que el recurso de amparo únicamente procede cuando ha sido interpuesto por un tercero ajeno al convenio arbitral, salvo que dicho “tercero” se encuentre comprendido en el supuesto del artículo 14 del DLA.

Según nuestro criterio, independientemente del error conceptual que creemos comete el Tribunal Constitucional cuando en la última parte se refiere a un “tercero [...] comprendido en el supuesto del artículo 14” –pues, como ya hemos visto, este artículo no se refiere a terceros sino a verdaderas partes del convenio arbitral– lo cierto es que el intérprete constitucional quiere decir que si alguien que se encuentra comprendido en el artículo 14 o alguien que al menos se considera comprendido en él interpone un recurso de amparo, este será improcedente.

En términos del propio Tribunal Constitucional, el amparo únicamente será procedente cuando sea interpuesto por un verdadero “tercero que no forma parte del convenio arbitral”. Un ejemplo de ello es el típico caso del tercero excluyente de propiedad.

Pensemos por ejemplo en dos personas –Juan y Andrés– que se encuentran sometidas a un proceso arbitral discutiendo la propiedad de un inmueble, toda vez que ambas han suscrito un convenio arbitral. Sin embargo, existe a su vez un tercero –Alfredo– que señala ser mejor propietario que los anteriores, pero que no firmó ningún convenio arbitral con ellos y, por tanto, no participó tampoco del proceso. A pesar de ello, al final el laudo arbitral resuelve que Juan es mejor propietario no solo que Andrés, sino también mejor propietario que Alfredo, pretendiendo extender los efectos del laudo también a este último.

Como vemos, se trata de un laudo arbitral que pretende ser oponible no solo a quienes fueron verdaderas partes del convenio arbitral,

esto es, a Juan y Andrés, sino también a un tercero que no formó parte de dicho convenio y que de ninguna manera se puede entender que lo consintió, es decir, Alfredo.

Según nuestro criterio, casos como este son los únicos en los que un recurso de amparo podría ser procedente. Como vemos, se trata de verdaderos terceros, que no formaron parte del convenio arbitral ni lo consintieron y menos aún manifestaron ser o considerarse parte de este. Sin embargo, a pesar de ello, se pretende extenderles un laudo arbitral emitido sobre la base de un convenio arbitral que no consintieron.

No obstante, ello no es lo que sucedió con el regulador de nuestro ejemplo. En nuestro caso Regutran manifestó expresamente ser y considerarse parte del convenio arbitral. En esta medida debía seguir actuando como parte del convenio y no como mero tercero a este. Por tal motivo –como ya hemos dicho– es un derecho y a su vez una obligación de las partes del convenio arbitral recurrir únicamente al recurso de amparo para cuestionar el laudo, mas no al recurso de amparo.

5 ¿Cómo interponer el recurso de anulación?

Teniendo en cuenta lo anterior, a estas alturas cabe preguntarse entonces, ¿cómo interponer un recurso de anulación contra una resolución que –aparentemente– no es un laudo arbitral? La respuesta viene con otra pregunta. ¿Realmente nos encontramos ante una resolución que no configura un laudo arbitral? La respuesta es no.

En efecto, según nuestro criterio, la resolución que excluyó al regulador del proceso arbitral configura un laudo parcial dentro del proceso en general, pero a su vez es un laudo final respecto a la participación del regulador. Así, es parcial dado que el proceso continuó y concluyó con la participación del MTC y La Concesionaria. Sin embargo, a su vez es final respecto a la competencia del tribunal arbitral sobre el referido regulador.

Al respecto es necesario señalar que –tal como se desprende del artículo 54 del DLA–, “salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios”. Es decir, el tribunal arbitral tiene la facultad de decidir las distintas controversias que se presenten en un proceso arbitral, en cuantos laudos parciales consideren pertinentes.

Teniendo en cuenta ello, si dentro de un arbitraje, además de la controversia de fondo, es cuestionada la competencia del tribunal arbitral, este colegiado se encuentra facultado a resolver el cuestionamiento en un laudo parcial, determinando si se considera competente o no.

Ante ello, independientemente de la decisión tomada por el tribunal –correcta según nuestro criterio– acerca de su competencia⁸, lo cierto es que dicha decisión constituirá no solo un laudo parcial para el proceso en general, sino también un laudo final en lo que se refiere precisamente a la controversia relacionada con su competencia sobre el regulador.

Ello quiere decir que, respecto al regulador, la decisión de no considerarlo como parte del proceso arbitral era definitiva y final, en la medida en que determinaba su exclusión definitiva del proceso. En esta línea, la resolución que decidió excluir a este organismo del proceso arbitral era, en realidad, un laudo final respecto a la participación de él.

Sobre el particular la doctrina ha señalado expresamente:

“Como explica Barragán Arango, por muchos años se ha considerado que el laudo arbitral es la expresión de los árbitros, en virtud de la cual finaliza la disputa que se ha puesto en su conocimiento. En otras palabras, haciendo un paralelo con el Poder Judicial, *tradicionalmente se ha considerado que el Poder Judicial solo emite una sentencia y el árbitro solo dicta un laudo.*

Sin embargo, imaginemos que en un arbitraje se discute acerca del ámbito de responsabilidad contractual de una de las partes y, además, que la prueba acerca del daño causado es costosa y tomará tiempo. ¿No es acaso conveniente, por no decir lógico, que los árbitros se pronuncien en primer lugar acerca de si existe responsabilidad y respecto al ámbito de esa responsabilidad, y solo si efectivamente se encuentra responsable a una de las partes y se conoce el ámbito de esa responsabilidad, se invierta tiempo y dinero en probar con precisión el daño causado? ¿Existe alguna razón de orden público que pudiera impedir esta posibilidad?

[...]

Es más, *asumamos que dentro del procedimiento arbitral una de las partes impugna la competencia del tribunal arbitral y el colegiado procede a resolverla como una cuestión previa. ¿Acaso esta decisión acerca de la competencia del tribunal arbitral no resuelve de manera definitiva (por lo menos en sede arbitral) un extremo de la controversia*

existente entre las partes? ¿No es acaso un laudo?”⁹. [Las cursivas son nuestras].

Por su parte, Fernando Cantuarias refiere:

“En ese sentido, siempre existirá un último (o a veces un único) laudo con el que los árbitros darán por concluidas sus funciones, pero, *en el camino, es decir, durante la secuela de las actuaciones arbitrales, los árbitros tendrán la facultad (salvo pacto en contrario de las partes) de dictar uno o más laudos parciales.*

Sin embargo, *al mismo tiempo debe quedar claro que estos laudos parciales, de existir, también serán ‘finales’, pero, en el sentido que resolverán de manera definitiva parte de una controversia,* quedando aún vigente el mandato de los árbitros para dictar uno o más laudos hasta culminar su tarea. *En ese sentido, un ‘laudo parcial’ siempre tendrá los mismos efectos que un ‘laudo final’*”¹⁰. [Las cursivas son nuestras].

Teniendo en cuenta ello, cualquier pronunciamiento de un tribunal arbitral referido a un cuestionamiento de su competencia será considerado un laudo parcial, en caso de que el tribunal se declare competente y decida seguir adelante con el proceso. Sin embargo, a su vez, será considerado como un laudo final respecto a la controversia relacionada con su competencia.

Lo mismo sucede en caso de que un tribunal resuelva declararse incompetente. DEsta resolución será también considerada como un laudo final, no solo porque con ello resuelve la controversia sobre su competencia, sino porque además con ello acaba el proceso.

En los casos antes descritos, la consecuencia respecto de la decisión de competencia del tribunal es la misma: se ha puesto fin a dicha discusión y, por tanto, respecto a dicha controversia, la resolución será un laudo final.

Ello es precisamente lo que sucedió en nuestro ejemplo del regulador. Por un lado, dicho organismo consideró que debía ser incluido como parte del proceso arbitral, dado que supuestamente el laudo que finalmente se emitiera le podría generar determinadas consecuencias. Sin embargo, por otro lado, el tribunal consideró que dicho organismo no podía ser considerado como parte del proceso, y lo excluyó finalmente de él.

Esta última decisión del tribunal es en realidad una decisión de competencia respecto de la participación del regulador. Con esta decisión, el tribunal dejó clara su posición, al referir que sería incompetente respecto al tema planteado por el organismo en cuestión.

En ese sentido, dicha decisión de competencia es finalmente un laudo parcial dentro del proceso arbitral, pero a su vez un laudo final respecto de la decisión de considerar o no al regulador como parte del proceso. En efecto, la resolución que finalmente excluyó a dicho organismo del proceso arbitral actuó como un laudo final en lo que respecta a su participación dentro del proceso, pues el tribunal ya no emitiría ninguna resolución adicional al respecto.

En este sentido, siendo dicha resolución un laudo final respecto de la participación del regulador en el proceso arbitral y siendo ella la que supuestamente vulneraba el derecho de defensa de dicho organismo al no permitírsele presentar más argumentos dentro del proceso, Regutran debió cuestionar dicha resolución en la vía correspondiente —establecida expresamente en el DLA—, es decir, recurrir vía recurso anulación por la causal establecida en la última parte del literal b del artículo 63 del DLA¹¹.

En ello coincide también la doctrina, que al respecto señala:

“[...] Toda decisión que pone fin a la controversia o a una de ellas, no puede ser otra cosa que una decisión definitiva e inimpugnable, y por tanto un laudo.

En ese orden de ideas, considerando laudo a aquella resolución que pone fin de manera definitiva a determinada controversia, aun cuando no exista un pronunciamiento sobre el fondo de la situación, esta solo podría ser cuestionada en sede judicial mediante el recurso de anulación de laudo.

En este punto, debemos incidir que bajo el término laudo no solo debe considerarse a la resolución que se pronuncia sobre el fondo del asunto, sino también a aquellas resoluciones arbitrales que se pronuncian favorablemente, por ejemplo, respecto de una excepción deducida o, incluso, respecto de la incompetencia de determinado tribunal arbitral, que pone fin al proceso.

[...]

En este caso, la parte afectada de la decisión de los árbitros que pone fin a determinada pretensión deberá igualmente plantear la anulación del laudo parcial, respecto de dicha decisión del tribunal arbitral, ante el Poder Judicial”¹². [Las cursivas son nuestras].

Sobre el particular, Cantuarias también refiere:

“Los incisos 1 y 2 del artículo 59 de la Ley de Arbitraje establecen que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento y produce efectos de cosa juzgada.

*En consecuencia, emitido un laudo, sea este parcial o final, la parte interesada podrá solicitar al tribunal arbitral la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y, además, su anulación ante el Poder Judicial*¹³. [Las cursivas son nuestras].

Inclusive, ello se encuentra establecido expresamente en el artículo 41 del DLA, en lo que respecta a la decisión de incompetencia de un tribunal arbitral, así:

“Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

[...]

5. *Si el tribunal arbitral ampara la excepción [de incompetencia] como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación*”¹⁴. [Las cursivas son nuestras].

Como vemos, el propio DLA señala expresamente que la resolución mediante la cual un tribunal arbitral se declara incompetente puede ser impugnada mediante recurso de anulación. Ello es precisamente lo que debió hacer el regulador de nuestro ejemplo. El tribunal arbitral decidió terminar las actuaciones arbitrales en relación con el regulador y, por tanto, este debió recurrir al mismo vía recurso de anulación.

En la medida en que la resolución que excluyó a dicho organismo del proceso implicaba una declaración de incompetencia respecto del mismo y lo excluía finalmente del proceso, si el regulador se encontraba en desacuerdo con dicha resolución debió interponer el respectivo recurso de anulación contra ella, en tanto dicha resolución configuraba un laudo final respecto de su participación en el proceso arbitral.

Así, el regulador se encontraba en su derecho de interponer el recurso de anulación contra la resolución que lo excluyó del proceso dentro del plazo de veinte días de notificado con esa resolución. Sin embargo, en ese plazo el regulador no solo no interpuso recurso alguno contra la resolución, sino que no la cuestionó y decidió dejar que el proceso arbitral continuara sin su participación, con lo que consintió la decisión.

En ese sentido, toda vez que el regulador no recurrió a la vía legal correspondiente, es decir, el recurso de anulación, su demanda de amparo resulta claramente improcedente.

Así, trasladando nuestro ejemplo a cualquier caso en el que alguien que alega ser parte no signataria de un convenio arbitral solicita ser incluido dentro de un proceso arbitral, lo correcto sería que en caso de que el tribunal decida excluirlo del proceso, recurra contra la resolución a través del recurso de anulación respectivo.

Ello –como hemos visto–, pues esta decisión que la excluyó constituye en realidad un laudo final respecto a ella y, por tanto, al considerarse parte del Convenio arbitral, debe recurrir a ese laudo por la vía correspondiente a toda parte, es decir, a través del recurso de anulación respectivo.

6 ¿Cuándo interponer el recurso de anulación?

Finalmente, resta pronunciarnos respecto al momento en que la parte excluida se encuentra habilitada para interponer el recurso de anulación en cuestión. Sobre el particular, el artículo 64 del DLA ha establecido que “el recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo”, plazo que correspondería aplicar al presente caso¹⁴.

No obstante, si bien ese es el plazo general, la norma no se ha puesto en este tipo de casos, en que se solicitaría la anulación de un laudo parcial, que podría eventualmente llevar a la apertura de un proceso judicial paralelo al proceso arbitral que continuaría abierto con las demás partes signatarias, posiblemente obstruyendo este último. En tal sentido, respecto a ello todavía queda la interrogante acerca del momento correcto para interponer el recurso de anulación ante este tipo de laudos parciales.

Sobre el particular, actualmente el artículo 53 Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, la CCL) parece sí haberse colocado en tal supuesto, al señalar respecto de los laudos parciales que estos “podrán ser recurridos en anulación, luego de haber sido emitido el laudo final y sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones o exclusiones, de ser el caso”.

Como vemos, ese reglamento establece expresamente que en este tipo de casos el recurso de anulación contra los laudos parciales debe ser interpuesto recién cuando ya haya sido notificado el laudo final. Sin embargo, consideramos que esa regla genera algunas imprecisiones adicionales.

En primer lugar, dado que existen situaciones en que se puede emitir un laudo parcial que resulta ejecutable en sí mismo –por ejemplo, si el tribunal decidió dividir la resolución de las controversias referidas a montos indemnizatorios por distintos conceptos– la regla en cuestión no resulta eficiente, pues las partes tendrían que esperar que todo el proceso arbitral termine para recurrir a un laudo que resulta ejecutable y, por tanto, recurrible en sí mismo.

En segundo lugar, y en realidad más importante aún. Se trata de una regla privada establecida en el reglamento de un centro de arbitraje, que sin embargo podría esconder en los hechos la modificación de ciertas disposiciones del propio DLA, sin que este –una norma de carácter público– la haya autorizado.

Por un lado, si para la interposición del recurso de anulación contra un laudo parcial se debe esperar la emisión del laudo final, entendemos que la parte excluida tendría que tener conocimiento de alguna manera –tal vez a través de una notificación directa– del referido laudo final. Sin embargo –como se aprecia–, esa parte tendría conocimiento de un laudo emitido en un proceso seguido entre dos partes privadas y en el que además no se le consideró parte como tal.

Como es evidente, ello afectaría directamente la confidencialidad del arbitraje, lo que se encuentra expresamente prohibido por el artículo 51 del DLA¹⁵.

Por otro lado, incluso si bien podría decirse que el sometimiento a una regla como la establecida en el reglamento de la CCL implicaría un pacto en contrario a dicha prohibición del artículo 51 del DLA –lo que sí se encuentra permitido como se aprecia en el mismo artículo–, lo cierto es que existe una contravención aún más grave según nuestro criterio.

Que a través de un reglamento privado se establezca que el recurso de anulación contra un laudo parcial debe ser interpuesto luego de emitido el laudo final, regla que no se encuentra considerada en el DLA, el cual establece únicamente que el recurso de anulación se interpone veinte días después de notificado el laudo, implica ampliar este último plazo procesal.

En efecto, en aplicación de la regla establecida en el reglamento de la CCL, para interponer un recurso de anulación contra el laudo parcial que se emita, la parte excluida tendrá que esperar la emisión del laudo final, es decir, no respetará el plazo de veinte días establecido en el DLA, sino que, de manera ilegal, se encontrará autorizado

a utilizar un plazo mucho mayor para la interposición de su recurso de anulación.

Ello resulta más grave aún si tenemos en cuenta que el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil señala que “la actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos”. En ese sentido, toda vez que en este caso nos encontramos ante un plazo procesal –pues se trata del plazo para la interposición de un recurso de anulación que será resuelto en un proceso judicial– consideramos que no es posible acordar de manera privada un plazo mayor que el establecido en el DLA, que es lo que se estaría haciendo al aplicar la referida regla del reglamento de la CCL.

Así, si eventualmente llega al Poder Judicial un recurso de anulación contra un laudo parcial meses o tal vez años después de emitido el mismo –esto es mientras se esperó la emisión del laudo final–, los jueces se encontrarán habilitados a declarar improcedente el recurso en cuestión, por encontrarse fuera del plazo establecido en el DLA.

Por todo lo anterior, si bien consideramos correcto el criterio que ha tenido la CCL al establecer esa regla para interponer el recurso de anulación contra un laudo parcial, consideramos también que el establecimiento privado de ella atenta no solo atenta contra el propio DLA, sino también contra el Código Procesal Civil, en la medida en que amplía un plazo procesal.

Teniendo en cuenta lo anterior, desde nuestra perspectiva y humildemente nos permitimos sugerir que se realice una modificación al DLA en este extremo, para que contenga una regla similar a la establecida en el reglamento de arbitraje de la CCL. Solo si esa modificación fuera realizada, podríamos argumentar válidamente que se ha autorizado a que en este tipo de casos se vaya contra la confidencialidad del arbitraje y principalmente se ha establecido un plazo procesal mayor para interponer el recurso de anulación en cuestión.

Sin embargo, y mientras esa modificación en el DLA no sea realizada, consideramos que mientras tanto lo correcto será interponer el recurso de anulación en cuestión, en el plazo establecido en el mismo DLA, esto es veinte días después de notificado el laudo parcial.

No obstante, y para que no se genere eventualmente una obstrucción en el proceso arbitral que continuaría con las partes signatarias que aún quedaron en el proceso arbitral, los jueces que reciban ese recurso de anulación deberán suspender el proceso judicial respectivo, hasta que el proceso arbitral haya concluido en su totalidad.

Ello más aún si tenemos en cuenta que en un caso como el expuesto, es decir, en que se excluyó a una supuesta parte no signataria del proceso arbitral, podría darse que el laudo final no declare ningún perjuicio para dicha supuesta parte no signataria, declarando, por ejemplo, infundada la demanda interpuesta por el concesionario de nuestro ejemplo contra el MTC. En este escenario, la prosecución normal de un proceso judicial de anulación contra el laudo parcial en cuestión podría resultar inclusive ineficiente, pues podría llevar a una eventual anulación contra un laudo parcial en un arbitraje en el que finalmente se decidió que la parte excluida no se encontraba obligada a realizar ningún pago o no resultaba perjudicada en absoluto en el laudo final.

NOTAS

- 1 “Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.
El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de 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”.
- 2 Mori Bregante, Pablo César y Giuseppe Gallucio Tonder. “Desenmascarando la realidad. La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades”. En: *Advocatus*. Lima: revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2009, nro. 23.
- 3 Suárez Anzorena, C. Ignacio. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, nro. 2. Universidad Sergio Arboleda: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, enero-junio de 2005, pp. 57-58.
- 4 El consentimiento.
Artículo 1373.- Perfeccionamiento del contrato.
El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.
- 5 Este es precisamente el caso del regulador de nuestro caso, Regutran, que si bien según nuestro criterio –sin que ello sea materia del presente artículo– consideramos que no es verdaderamente una parte y menos aún una parte no signataria del convenio arbitral, como explicaremos brevemente más ade-

lante, lo cierto es que sí se consideraba como tal y, por tanto, también debía actuar como tal.

- 6 Santistevan de Noriega, Jorge. “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la inevitabilidad del arbitraje”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, nro. 8. Lima: Editorial Magna, 2009, p. 41.
- 7 Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo interpuesta por dicha empresa para que se declare la ineficacia del laudo arbitral emitido por el doctor Luis Humberto Arrese Orellana en el Caso Arbitral 1487-119-2008.
- 8 Decisión que si bien no es materia del presente artículo, compartimos en el caso hipotético planteado, así como en cualquier caso similar que se presente en la realidad. Es decir –como ya hemos indicado anteriormente–, dado que el regulador y el MTC son parte del mismo ente, en este caso el Estado peruano, consideramos que la decisión del tribunal arbitral, de excluir al regulador como parte del proceso arbitral y, a la vez, como parte del convenio, sí fue correcta.
- 9 Comentarios al artículo 54 del DLA. Cantuarias Salaverry, Fernando. En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Coordinadores: Soto Coaguila, Carlos y Alfredo Bullard González. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011, p. 599.
- 10 *Ibidem*, p. 603.
- 11 “Artículo 63.- Causales de anulación
 1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
[...]
 - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón hacer valer sus derechos.
[...]”.
- 12 Pérez-Rosas Pons, Juan José. “¿Lo anulamos o no lo anulamos? Reflexiones acerca de la anulación de un laudo parcial”. En www.servilex.com.pe/arbitraje/file.php?idarticulo=29#_ftnref2.
- 13 Comentarios al artículo 54 del DLA. Cantuarias Salaverry, Fernando. *Ob. cit.*, p. 606.
- 14 Debemos tener en cuenta que –según lo establecido en el mismo artículo 64 del DLA– dicho plazo únicamente será aplicable en tanto no hubiese correspondido la interposición de alguna de las solicitudes establecidas en el

artículo 58 previo del mismo decreto, esto es, las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y/o exclusión del laudo. Sobre el particular, consideramos que casos como el comentado en el presente artículo no aplicaría ninguna de dichas solicitudes, pues no se trataría de un laudo que tenga errores de cálculo, contenga extremos oscuros o imprecisos, o haya resuelto una controversia que no fue materia de su competencia o haya olvidado resolver alguna que sí fue materia de ella. Por tal motivo, ninguna de esas solicitudes sería procedente y, por tanto, el recurso de anulación podría interponerse directamente contra el laudo parcial en cuestión.

15 “Artículo 51.- Confidencialidad.

1. 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 ellas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de esas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer públicas las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

[...]”.