





# PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2017



Volumen 49 *Biblioteca de Arbitraje del*  
**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

**Panorama actual del arbitraje  
2017**

CENTRO DE  
ARBITRAJE



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ**



Universidad Católica  
**San Pablo**

**THĒMIS**  
desde 1965



**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2017

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com
- © ASOCIACIÓN CIVIL THÈMIS  
Av. Universitaria 1801, Segundo piso  
de la Facultad de Derecho de la PUCP.  
Telfs. (511) 7 626-2000 ext. 5391  
themis@pucp.edu.pe - consejodirectivo@themis.pe  
www.themis.pe
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro  
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401  
www.consensos.pucp.edu.pe
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO  
Urb. Campiña Paisajista S/N Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro  
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600 anexos 200, 300 ó 390  
www.ucsp.edu.pe

Primera edición, noviembre 2017  
Tiraje: 300 ejemplares  
Fecha de publicación: noviembre 2017

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.  
Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o  
parcialmente, sin permiso expreso del autor.*

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2017-16915

ISBN: 978-612-47449-7-6  
Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

	Página
Nota del editor	9
1. Panorama actual del arbitraje. ¿Libertad o autoritarismo con vocación totalitaria? <i>Franz Kundmüller Caminiti</i>	11
2. La anulación del laudo por defectos en la motivación. ¿Qué gana la parte que logra la anulación del laudo? <i>Gino Rivas Caso</i>	53
3. La carga de la prueba en el arbitraje: a propósito de la prueba de la lesión del interés crediticio <i>Luciano Barchi Velaochaga</i>	89
4. <i>No pain, no gain</i> : nueve propuestas para mejorar el futuro del arbitraje internacional <i>José María de la Jara - Julio Olórtegui</i>	121
5. Panorama actual del arbitraje en el Perú <i>Natale Amprimo Plá</i>	161
6. El árbitro de emergencia y las posibilidades de dictar una medida cautelar <i>Daniel Vega Espinoza</i>	181
7. El convenio arbitral: formalidad, alcances, elementos y efectos <i>Carlos Alberto Matheus López</i>	263
8. Informe jurídico para optar por el título profesional de abogado. Expediente Único <i>Sherin Limas Calderón</i>	277



## NOTA DEL EDITOR

En el año 2010 nuestra *Biblioteca de Arbitraje* publicó el volumen 13 de la colección, titulado *Panorama actual del arbitraje*.

La razón por la cual convocamos a quienes escribieron esa obra colectiva, se basó, fundamentalmente, en la necesidad de crear un espacio en el que se analizaran los principales problemas que el arbitraje presentaba en nuestro país.

Estimamos que ello fue necesario, en la medida de que los libros que integran la *Biblioteca de Arbitraje* son, en su gran mayoría, obras temáticas; vale decir, centradas en materias específicas de esta disciplina y escritas, ya sea de manera colectiva o unitaria.

Pero, estimamos que resultaba indispensable echar una mirada acerca de cuáles eran las principales preocupaciones temáticas de los abogados y académicos más representativos del arbitraje en el Perú. De allí surgió, pues, la idea de publicar *Panorama actual del arbitraje*.

Pensábamos en ese momento que Panorama no debía agotarse con la publicación del año 2010, sino que en el futuro debíamos promover la elaboración de otras obras colectivas bajo el mismo título y que tuvieran similar propósito.

De esta forma, nuestra colección publicó un segundo volumen de Panorama, titulado *Panorama actual del arbitraje 2015*, esta vez ya con colaboración de la Asociación Civil *Thémis*, prestigiosa institución fundada en 1965, integrada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú que, coinciden con nuestra *Biblioteca* en el interés por

la discusión pública y la difusión académica de todo lo relacionado al arbitraje.

Y es, precisamente, de la mano con *Thēmis*, que ahora publicamos *Panorama actual del arbitraje 2017*, obra que, al igual que sus predecesoras, reúne los aportes de destacados especialistas en la materia, los mismos que, estamos seguros, pondrán en debate público temas de gran importancia en esta especialidad.

Queremos finalizar estas palabras reiterando nuestro compromiso en pro de la difusión del arbitraje en el Perú.

Lima, noviembre del 2017  
Mario Castillo Freyre\*

---

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

**PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE,  
¿LIBERTAD O AUTORITARISMO CON  
VOCACIÓN TOTALITARIA?<sup>1</sup>**

*Franz Kundmüller Caminiti\**

*Just as, notwithstanding its notoriously misleading name,  
every system of private international law is a system of national law,  
every arbitration is a national arbitration,  
that is to say, subject to a specific system of national law.*

*Frederick A. Mann*

**Sumario:** 1. Introducción.— I. El autoritarismo a la francesa y a la alemana.— II. Primer «problema».— III. Segundo «problema».— IV. Tercer «problema».— V. Cuarto «problema».— VI. Conclusión.

---

<sup>1</sup> Comentarios al Predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley n.º 5091/2015-CR, con un texto sustitutorio que propone la modificación del Decreto Legislativo n.º 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje.

\* Presidente del Círculo Peruano de Arbitraje. Exsecretario General del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima; Exdirector de Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones del Estado, hoy Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Miembro de la Comisión Revisora de la Ley de Arbitraje, Ley n.º 26572, profesor universitario en la especialidad de arbitraje en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad de Piura, Escuela Superior de Administración de Negocios, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad del Pacífico. Árbitro en ejercicio.

## 1. INTRODUCCIÓN

Abordar el panorama actual del arbitraje peruano, constituye un gran reto. Sin embargo, también es una oportunidad para desarrollar los argumentos sobre la necesidad de «arbitrabilizar» este valioso instituto, en un contexto donde son claras las crecientes necesidades del comercio y las inversiones, pero en el que también existen preocupantes tendencias antiarbitrales, que surgen a partir del desconocimiento del carácter técnico y especializado del instituto, soslayando o ignorando la relevancia del principio de la autonomía de la voluntad; y, en especial, el alto valor de «lo no legislado» en sede arbitral.

Probablemente, eso esté ocurriendo debido al inexcusable y supino desconocimiento de los actores involucrados; o debido a la concurrencia de diversos intereses que no conocemos y que son difíciles de identificar.

Pero, lo que sí queda claro es que, finalmente, ésa o esas perspectivas erróneas en la comprensión del instituto, se expresan a partir de la innecesaria administrativización, la jurisdiccionalización, así como la hiperconstitucionalización del arbitraje peruano.

La administrativización se ha dado en el ámbito del arbitraje en contratación pública, mediante la reciente promulgación de un denso y profuso conjunto de dispositivos administrativos por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), que al final, entorpecen y encarecen la práctica arbitral, contrastando drásticamente con lo que señala la Ley de Arbitraje y desarrollando la quimera del «arbitraje administrativo».

De otro lado, la jurisdiccionalización del arbitraje peruano es un fenómeno que ya tiene muchos años en nuestro medio y que se expresa en la confusión de paradigmas que mezclan el arbitraje con la concepción de la jurisdicción estatal, confundiendo la función de los árbitros con la

de los jueces, erosionando así la calidad técnica del arbitraje basado en el acuerdo de voluntades, para, finalmente, reducirlo al nivel de «jurisdicción de quina categoría».

Y lo que es más grave, desde la posición de los «jurisdiccionalistas» nacionales y en su afán por «inventar la pólvora», sustentan su posición a partir de una presunta «teoría jurisdiccional del arbitraje», que no existe en la doctrina comparada y que al final es absolutamente ajena a la verdadera teoría jurisdiccional defendida a mediados del siglo xx por el profesor Frederick Mann, desde el derecho internacional público.<sup>2</sup>

En efecto, los «jurisdiccionalistas» peruanos parecen ignorar que este destacado académico desarrolló dicha teoría a partir de los dilemas jurídicos de la «supremacía de la ley» en el arbitraje; y que, en realidad, lo cierto es que nunca se refirió a la supuesta función jurisdiccional que entrañaría el instituto, tal como reiterada y erróneamente postulan nuestros doctos analistas del arbitraje en el Perú, incluidos los legisladores, que cada cierto tiempo desarrollan propuestas de reforma legislativa de la ley de arbitraje, tal como se verá más adelante.

Finalmente, la «hiperconstitucionalización» del arbitraje peruano merece una mención aparte y esencialmente se ha expresado en sendas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, por cierto, todas «jurídicamente correctas»; pero, también absolutamente alejadas de la verdadera naturaleza del instituto, hiperconstitucionalizándolo innecesariamente y creando alternativas de impugnación de laudos por la vía también «jurídicamente correcta» del ahora denominado como «amparo arbitral».

También es una constatación preocupante que en todos estos casos reconocemos un alarmante sesgo controlista y autoritario, que es ajeno al arbitraje; sesgo que en el presente caso también se ha puesto

---

<sup>2</sup> Ver MANN, Frederick. *Lex Facit Arbitrum*; En *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke*. La Haya: Pieter Sanders; Martinus Nijhoff, 1967, pp. 157-183.

de manifiesto en el Predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley n.º 5091/2015-CR, lo que demuestra que no solamente en los ámbitos antes mencionados se producen riesgos antiarbitrales, pues ello también ocurre con los proyectos modificatorios que salen del Congreso de la República.

A continuación y con el exclusivo ánimo de contribuir en la discusión sobre el arbitraje en el Perú, para entender mejor el panorama actual del instituto, se procederá a llevar a cabo un ejercicio que pretende llamar la atención sobre la necesidad de destacar que el arbitraje es arbitraje y no otra cosa.

Para tal efecto, se explicará la tentación totalitaria que siempre acecha en contra del instituto, para luego explicar por qué el referido predictamen es un absoluto despropósito, incluyendo al final las respectivas conclusiones. El lector de estas líneas encontrará que éstas no pretenden ser «políticamente correctas».

## **I. EL AUTORITARISMO A LA FRANCESA Y A LA ALEMANA**

En la línea evolutiva del desarrollo del arbitraje como medio de solución de controversias, existen básicamente dos polos o tendencias contrarias y excluyentes entre sí, que se aprecian en la historia moderna.

Por un lado, las que corresponden a los tiempos en los que se dan y garantizan las mayores libertades; y por el otro, las épocas en las que se expanden las iniciativas autoritarias y las limitaciones impuestas a la práctica arbitral por parte del poder político de turno, lo que colisiona frontalmente con las libertades ciudadanas y económicas.

Las mayores libertades se manifiestan cuando se promueve intensamente el arbitraje, en congruencia con el mayor dinamismo económico y del comercio, brindando garantías a las partes para que lo pacten libremente y permitiendo a los centros de arbitraje que ejerzan su derecho de

asociación con plena libertad y autonomía, no significando ello que se esté avalando un régimen de anarquía sino una cultura de pesos y contra pesos avalada contractualmente bajo el imperio de la ley.

Esto último se hace realidad en el contexto de las necesidades del comercio y de los negocios, mediante procesos de toma de decisiones libre, eficiente y autosostenido,<sup>3</sup> privilegiando factores como calidad, reducción de costos y buenas prácticas, en la línea de consolidar el prestigio institucional de los centros, además de confianza y credibilidad, puesto que ésta es la forma de lograr competitividad en el mercado de los servicios arbitrales, atrayendo así la preferencia de los clientes-usuarios y en tanto que las características antes mencionadas no son ajenas ni contrarias al estado constitucional de derecho.

Mientras que, por el contrario, en épocas caracterizadas por las pulsiones autoritarias, encontramos períodos de oscuridad y «controlismo», en los cuales la libre práctica del arbitraje retrocede dramáticamente, abriendo espacios para el florecimiento de trabas y limitaciones al instituto arbitral, mermando su eficiencia y capacidad, generando sobrecostos y contaminándolo con una serie de elementos que le son ajenos.

Estas iniciativas a veces lindan con la abolición del instituto, a partir de normas limitativas que imponen requisitos excesivos, controles innecesarios, además de sanciones que no deberían afectar el marco normativo arbitral y que, generalmente, se expresan en la promulgación de regulación innecesaria e írrita, atentatoria contra las libertades básicas y contra la autonomía arbitral, incluida la de los centros de arbitraje como principales promotores de este medio de solución de controversias.

En nuestro medio se advierte esta preocupante tendencia, lo que se expresa mediante diversos proyectos modificatorios de la legislación arbitral, presentados en el Congreso de la República en los últimos años,

---

<sup>3</sup> Ver CALLIESS, Galf Peter. *Lex Mercatoria. Center for Transnational Studies. Working Papers in Transnational Studies* n.º 52/2015.

como si se tratara de darle la espalda a las libertades y autonomías inherentes al arbitraje.

El proyecto n.º 5091/2015 CR que ha sido materia del predictamen objeto de comentario y que, probablemente, ha sido desarrollado con la mejor buena voluntad, en realidad, no es una excepción a la misma línea autoritaria distorsionadora. Y lo es, por diversas razones que se explicarán más adelante y que es pertinente poner en evidencia, de cara a posibles nuevas iniciativas de reforma patológica; que a la larga, destruirán el instituto.

Pero, regresemos al comentario inicial y precisemos lo ocurrido históricamente, porque esto nos servirá para entender mejor lo que es objeto de comentario y para comprender que en lo que concierne a arbitraje, abundar en regulación y a pesar de que en apariencia se estaría ante lo «jurídicamente correcto»; en realidad, ello no será útil para perfeccionar ni sustituir las buenas prácticas arbitrales y así garantizar las libertades inherentes para su desarrollo integral, en beneficio de las personas, empresas, instituciones, del país; y, en general, de los usuarios del arbitraje.

Es decir, se aprecia a partir de la experiencia comparada, que no todo intento por «positivar» funciona eficientemente en cuanto a arbitraje se refiere. En todo momento debe tenerse en cuenta la relevancia del convenio arbitral como piedra angular transaccional del instituto; en tanto que éste se ubica próximo a las disciplinas propias del contrato.

En consecuencia, su matriz obedece a la lógica inherente al acuerdo de voluntades y las múltiples variaciones que ello puede comprender, materializadas éstas conforme a las necesidades del comercio y en el contexto de la autonomía de la voluntad de los «actores económicos» de los mercados; en tanto que es un principio constitucional universalmente aceptado y plenamente vigente, el que garantiza que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Es así como la historia enseña, por ejemplo, que en Francia y como resultado de uno de los primeros actos de la Asamblea Nacional, en los tiempos inmediatamente posteriores a la Revolución Francesa, se dispuso una garantía constitucional en la Constitución del año 1 del 24 de junio de 1793, para que los ciudadanos puedan resolver sus disputas pactando el arbitraje libremente y mediante árbitros elegidos por ellos.<sup>4</sup> Es decir, pacto libre del convenio arbitral y libre designación de árbitros, con garantía constitucional expresa, lo que ocurrió a fines del siglo XVIII.

Esto no debería llamar la atención, si tenemos en cuenta que, en realidad, el arbitraje es una expresión directa y clara de la autonomía de la voluntad de las partes y del principio universal de libre asociación, siendo el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad de asociación absolutamente congruentes con los principios de la Revolución Francesa, contribuyendo así a dotar de seguridad jurídica a la «libertad, igualdad y fraternidad», como expresión del modernismo, tal como a éste se le conoce secularmente.

Sin embargo, como tantos otros aspectos originalmente destacables de la Revolución Francesa, también corresponde precisar que en el caso específico del arbitraje francés, se produjo posteriormente un gran retroceso.

Esto ocurrió mediante la adopción de medidas con grave impacto antiarbitral, determinando de esta manera, un dramático retroceso en la evolución del instituto. Esta situación se prolongó durante casi un siglo. Paradójicamente esta situación se dio, ni más ni menos, en el país de la cuna de las libertades modernas, donde se consagraron la división de poderes y los derechos ciudadanos libres, entre otros.

De modo que en el año 1806, debido a que el Código Napoleónico adoptó una concepción absolutista de la autoridad jurisdiccional del Estado, se limitó drásticamente en Francia el uso y la práctica del arbi-

---

<sup>4</sup> Ver BORN, Gary. «Keynote Address: Arbitration and the Freedom to Associate». En *Georgia Journal of International and Comparative Litigation*, 2009-2010, vol. 38:7.

traje, dejando sin efecto los convenios arbitrales pactados y limitando el uso del arbitraje para muy pocas materias, básicamente en el ámbito de los acuerdos comerciales de asociación. Todo lo demás tenía que ser litigado en sede judicial, con lo que se procedió a la cuasi abolición del instituto, recortando drásticamente la libertad de pacto de las partes.

La medida fue adoptada a partir de la perspectiva y bajo la concepción napoleónicamente sesgada, en el sentido de que los árbitros proporcionaban, en realidad, una especie de justicia de «rango inferior» a aquélla que impartían las cortes y tribunales del Estado.

Curiosamente, salvando las distancias, se trata de una perspectiva similar a la que se aprecia en las sentencias emitidas en los últimos años por la máxima autoridad jurisdiccional peruana en materia constitucional, al resolver «napoleónicamente» sobre temas arbitrales, bajo el pretexto de la naturaleza «jurisdiccional» del instituto,<sup>5</sup> soslayando «convenientemente» la raigambre eminentemente transaccional y autónoma que lo caracteriza, a partir de minimizar las disciplinas jurídicas inherentes al convenio arbitral, como elementos que conforman factores íntimamente emparentados con el comercio y su respectiva dinámica económica, pero usando como base una lata perspectiva jurisdiccional.

Finalmente y regresando al antecedente histórico objeto de comentario y como informa la doctrina autorizada,<sup>6</sup> en Francia tuvieron que pasar, ni más ni menos, unos ochenta años para que estos aspectos de la legislación francesa fueran cambiados nuevamente, ante las necesidades del comercio y con el inevitable agotamiento del enfoque autoritario napoleónico antiarbitral.

Esto ocurrió recién gracias al impacto positivo que recuperó la perspectiva transaccional antes mencionada, situación derivada de la entrada

---

<sup>5</sup> Ver KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Es urgente arbitralizar al arbitraje peruano». En *Revista Arbitraje PUCP*, 2011.

<sup>6</sup> BORN. *Ibid.*

en vigencia del Protocolo de Ginebra de 1923 y de la Convención de Ginebra de 1927,<sup>7</sup> que complementaron las bases para que Francia reforme su legislación arbitral en congruencia con los estándares de la época, tanto en el ámbito local como internacional, procediendo a hacerlo recién en el siglo xx, marcando de este modo una línea evolutiva con características especiales, luego del prolongado impacto negativo del autoritarismo napoleónico en la regulación del instituto, que paradójicamente contrasta con lo ocurrido en el derecho civil, en lo que concierne al Código Napoleónico.

Otro caso de grave retroceso arbitral es el que se registró en Alemania. Como es bien sabido, durante la Edad Media y en un período de tiempo que, principalmente, comprendió los siglos xi al xiii,<sup>8</sup> los gremios comerciales en las ciudades alemanas, se convirtieron en instituciones de primer orden debido a su capacidad de auto regulación y donde la práctica arbitral jugaba un rol preponderante, contribuyendo al desarrollo del comercio; y, por ende, de las ciudades y de diversas actividades productivas, en un contexto de expansión urbana, que fue posible debido a los excedentes económicos en el sector agrícola.

Posteriormente y ya durante el siglo xix, estas prácticas fueron interiorizadas por la vía de los procesos legislativos y de los códigos procesales locales de diversos Estados alemanes como Bavaria y Prusia, que garantizaban el derecho a arbitrar libremente y reconocían plenos efectos jurídicos a los acuerdos o convenios arbitrales, siguiendo principios de libertad similares a los resultantes de la Revolución Francesa.

---

<sup>7</sup> Ver ESKİYÖRÜK, Serhat. «Harmonisation on the Performance of International Arbitral Awards». En *Ankara Bar Review*, 2010, n.º 2.

<sup>8</sup> Ver LEHMKUHL, Dirk. *Resolving Transnational Disputes: Commercial Arbitration and The Multiple Providers of Governance Services*. Zurich: Center for Comparative and International Studies, University of Zurich, 2003. ECPR Joint Sessions in Edinburgh, March 28-April 2, *Workshop 11: The Governance of Global Issues: Effectiveness, Accountability, and Constitutionalization*, pp. 3-4.

De modo que en ese contexto y con esos antecedentes, hace más de un siglo que las cortes alemanas se pronunciaron eficiente y técnicamente sobre diversos temas como la «separabilidad del convenio arbitral», el principio *kompetenz-kompetenz* en el arbitraje, entre otras disciplinas que regulan el instituto hasta la actualidad, brindando garantías para su práctica en libertad y con la necesaria autonomía que privilegia la autorregulación del instituto.

Sin embargo, esta tendencia pro arbitral, que prevalecía históricamente en Alemania y que había alcanzado hegemonía, cambió dramáticamente en los años treinta del siglo xx, cuando el partido nacionalsocialista ascendió al poder e imprimió un retroceso en el ámbito de la práctica y la regulación del arbitraje, así como en el de las libertades individuales y colectivas. Es decir, se asumió erróneamente y como algo política y jurídicamente correcto, que la jurisdicción del Reich debía prevalecer en todo momento.

En efecto, además de tomar el control de todos los aspectos de la vida social, política, económica y cultural alemana, los nacionalsocialistas restringieron drásticamente y autoritariamente el acceso al arbitraje, hasta casi forzar su desaparición definitiva.

Se constata, entonces, que tanto en el caso francés como en el alemán, la lógica y la racionalidad de tales iniciativas, era «jurídicamente correcta», pues en ambos casos abundaron los argumentos jurídicos, pero éstos se sustentaban en una decisión política basada en la necesidad de darle prioridad a una perspectiva que ponía por delante el poder centralizado del Estado, para todos los aspectos de la vida.

Obviamente, entre esos aspectos estaba incluido el referido a la solución de controversias y la libertad ciudadana de pactar el arbitraje, tal como se venía haciendo hacía siglos. Es decir, en ambos casos, el Estado como poder omnímodo pasaba a un primer plano, mientras que el arbitraje era relegado drásticamente mediante normas «jurídicamente correctas».

Esa concentración «patológica» de poder afincado en el Estado, se entendía como algo primordial e inherente al interés nacional en ambos ejemplos históricos, percibiéndose, entonces, al arbitraje como una «amenaza» contraria al modelo totalitario y a la concepción de soberanía nacional; reiteramos, eso ocurrió tanto en Francia como en Alemania, más allá de las diferencias históricas y culturales, en contextos donde se dio la exacerbación de nacionalismos.

Tanto es así, que en la Alemania de 1933, en las «Guías del Reich respecto de los tribunales arbitrales», se afirmaba que desde un punto de vista de los intereses políticos del Estado, toda posibilidad de expansión del arbitraje era percibida como una amenaza para la jurisdicción estatal y, por ende, para la soberanía del Estado nacionalsocialista en sí mismo; reiteramos, éste era un Estado totalitario por excelencia, tal como lo demuestra dramáticamente la historia del siglo xx.

En suma, aunque con cierta diferencia de matices; en ambos casos estamos ante la expansión de la ideología autoritaria y su imposición totalitaria a los ciudadanos desde el poder «soberano» del Estado en forma «jurídicamente correcta», propiciando así la casi desaparición del arbitraje por períodos prolongados de tiempo, siendo el caso francés el más dramático, al tratarse de la cuna de la Revolución Francesa y de las correspondientes libertades ciudadanas modernas.

La Alemania de la postsegunda guerra mundial, como era de esperar, volvió a cambiar de perspectiva frente al arbitraje, abandonando la visión que consistía en la necesidad de que el Estado controle y subyugue al arbitraje, de cara a una nueva dinámica de expansión del comercio y las inversiones, en el contexto de la reconstrucción de Europa.

En consecuencia, nuevamente se reconoció la importancia de los convenios arbitrales y la libertad para pactarlos, entre otros aspectos que implicaron retomar la senda del desarrollo arbitral previa a los años treinta del siglo xx.

Adicionalmente, corresponde destacar en este punto, que tanto Francia como Alemania son países que ratificaron, en su oportunidad, la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, que destaca por ser un tratado internacional multilateral con gran cantidad de países ratificantes, y en el que se consagran las libertades propias del arbitraje, tal como informa la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Cnudmi.<sup>9</sup>

En ambos países se practica hoy arbitraje de primer nivel y con reconocimiento mundial, garantizando libertades y contando ambos con destacados centros de arbitraje, actividad académica especializada e incentivos para desarrollar las mejores prácticas en la materia.

Los ejemplos antes mencionados demuestran que no cabe duda de que en las sociedades en las que se privilegian las libertades ciudadanas, se promueve el arbitraje y su desarrollo en diversas dimensiones.

Por el contrario, en las sociedades donde se impone el pensamiento autoritario, generalmente, se limita la práctica del arbitraje y se establecen restricciones a su práctica y sus autonomías, lo que ocurre, prácticamente, en todas sus expresiones; ya se trate de la celebración de convenios arbitrales, el acceso de las partes al arbitraje o lo concerniente a la actividad de los centros de arbitraje; e incluso, se llega al extremo de restringir la efectividad de los laudos, propiciando la interferencia judicial más allá del control jurisdiccional previsto legal y técnicamente por la vía del recurso de nulidad.

En esencia, esto se debe a que las libertades inherentes al arbitraje, en todas sus expresiones; como son, entre otras, libertad para pactarlo, para designar a los árbitros y para que los centros de arbitraje se organicen de manera libre; así como las reglas para dotar al instituto de autonomía, se perciben como una amenaza en el pensamiento autoritario,

---

<sup>9</sup> Ver [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html).

porque, como es evidente, éste pretende imponerse verticalmente y por encima de las voluntades de los individuos.

El pensamiento autoritario aspira, entonces, a imponer el totalitarismo y la concentración exorbitante de poder, ya que el arbitraje es contrario a eso, pues constituye una expresión de prácticas democráticas por excelencia, comprendiendo el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, el mismo que, además, se encuentra tutelado constitucionalmente en la concepción jurídica básica del Estado moderno, contrastando así con el modelo totalitario y autoritario.

En efecto, el convenio arbitral se pacta libremente y las partes designan a los árbitros que quieren. Del mismo modo, las partes también se someten libremente a los reglamentos de las instituciones arbitrales y a las decisiones que dichos centros adopten. La ley de arbitraje garantiza que los centros puedan operar en un contexto donde también sus libertades estén tuteladas por el marco normativo.

Se entiende que ello coadyuva al desarrollo del arbitraje y a la diversificación de los servicios especializados. Lo que ocurre sobre la base de los intereses privados de las partes que pactan convenios arbitrales tipo. Pero, ello debe darse en un contexto que incentive la competencia de los prestadores de servicios arbitrales.

Frente a estas características inherentes al arbitraje moderno, y estando a los antecedentes históricos antes reseñados, basados en dos casos concretos, como lo ocurrido en Francia y Alemania; corresponde preguntarse: ¿dónde se ubican las preocupantes iniciativas de reforma legislativa que se han producido recientemente en el Perú; en especial, la que es objeto de comentario en estas líneas?

Sin duda, dichas iniciativas se ubican en el ámbito del pensamiento autoritario, el mismo que debe ser denunciado y rechazado de plano, porque perjudica las libertades inherentes al arbitraje.

En una democracia, en la que supuestamente imperan las libertades individuales, en el contexto de una economía social de mercado debidamente reconocida y establecida conforme a lo señalado en la Constitución Política del Estado, no cabe duda de que tales iniciativas resultan inaceptables, además de antieconómicas y antidemocráticas.

## II. PRIMER «PROBLEMA»

### a) *El predictamen como expresión autoritaria*

El predictamen, luego de una introducción incompleta y técnicamente deficiente, que demuestra desconocimiento integral sobre la especialidad a regular y que además se encuentra sesgada por el enfoque «jurisdiccional», en lo que concierne a la tantas veces mentada naturaleza jurídica del arbitraje; y que luego de referirse en forma superficial a los artículos 20, 22 y 23 sobre los requisitos para ser árbitro previstos en la ley de arbitraje, señala como presunto «primer problema», que motivaría el proyecto de ley, que los centros de arbitraje estarían agregando requisitos «adicionales»; y por ello, precisa lo siguiente:

[...], en los procesos arbitrales institucionales, llamados «administrados», los centros de arbitraje estarían imponiendo un quinto requisito para el desempeño de la función arbitral, el cual no sería consecuencia del consenso de las partes involucradas en el proceso arbitral, sino impuesto reglamentariamente por los centros de arbitraje a las partes y a quienes pretendan ser árbitros para una causa que será administrada por éstos, por el solo hecho de haberse sometido las partes a dicha administración. Dicho requisito antes mencionado, consiste en que para poder ser árbitro (de parte, único o presidente) en un proceso arbitral administrado por una determinada institución arbitral, el árbitro, se encuentre adscrito a la nómina de árbitros de la mencionada institución arbitral; lo que no está previsto en la ley y vulnera el principio dispositivo que rige en el arbitraje.

En primer lugar y como ya se ha adelantado, tengamos presente que ya resulta estéril, forzada e innecesaria la discusión y descripción supuestamente «técnica» sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, que se hace en el predictamen y que hoy constituye un lugar común.

De otro lado, y como ocurre con otros proyectos de reforma presentados anteriormente, se ignora la tesis jurisdiccional en el sentido de que debe ser entendida en sede arbitral y que, en realidad, tiene su origen en el derecho internacional público, tal como informa la doctrina autorizada a través del profesor Frederick Mann.<sup>10</sup>

De otro lado, queda claro que más allá de las denominaciones, basta que se haya pactado válidamente el convenio arbitral, que en su momento las partes hayan adjudicado la controversia para que sea resuelta por un tercero designado por ellos y que este tercero emita una decisión vinculante para las partes, para que no exista la menor duda de que estamos simple y llanamente ante un arbitraje.

De modo que tal como está previsto en las disposiciones constitucionales nacionales y en los tratados internacionales ratificados por el Perú, el arbitraje debe ser tutelado por la ley en función de las respectivas libertades reconocidas en la Carta Magna. Lo que, como es evidente, se materializa dentro del ámbito territorial y en el contexto de una jurisdicción determinada, salvo que se trate de un arbitraje deslocalizado como el que encontramos en el caso del Centro Internacional de Arreglo de Disputas entre Inversionistas y Estados (Ciadi), estando a la doctrina contemporánea más autorizada.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Ver MANN, Frederick A. «The Doctrine of Jurisdiction in International Law». En *Recueil des Cours*, 1964, n.º 111, pp. 1-162.. MANN, Frederick A. «The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years». En *Recueil des Cours*, 1984, n.º 186, pp. 9-116.

<sup>11</sup> Ver PARK, William. *The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, 32 *Int'l & Comp. L.Q.* 21, 1983.

Esto es así, reiteramos, sin perjuicio de la denominación que le demos a este «constructo». De modo que, como se sabe, será institucional si el arbitraje es organizado y administrado por un centro de arbitraje. De otro lado, será *ad-hoc* si el arbitraje se maneja directamente por parte de los árbitros fuera de un centro de arbitraje.

Ambas modalidades pueden darse en un entorno que promueve y garantiza autonomías y libertades, como hoy ocurre en Francia y Alemania, además de otros países con desarrollo arbitral significativo; o, por el contrario, el arbitraje se puede dar en un entorno autoritario, que restringe libertades, como efectivamente ocurrió en la época napoleónica y nacional-socialista, siguiendo la lógica de los lamentables ejemplos históricos antes explicados, con graves efectos antiarbitrales.

Es entonces hasta pueril recurrir a las diferencias a partir de cosas tan elementales como la llamada teoría contractual, jurisdiccional, ecléctica y autónoma,<sup>12</sup> que antes de contribuir a aclarar las cosas, las confunde, pues incita a la toma de partido por tal o cual teoría, en un ejercicio por demás estéril e inútil, que distrae la atención del lector respecto de cuestiones medulares; reiteramos: el acuerdo de voluntades entre las partes, la libre determinación del medio a recurrir para la designación de árbitros para que resuelvan la controversia, la adjudicación privada; y, finalmente, la decisión vinculante de ese tercero. De modo que todo ello ocurre en un

---

<sup>12</sup> Con el agravante de que, estando a lo señalado en la introducción de este artículo, en el Perú la teoría jurisdiccional ha sido absolutamente mal entendida, en tanto que para el profesor Frederick Mann, autor de la teoría se trata, simplemente, de una concepción que explica la ley aplicable sujeta siempre a una jurisdicción: «Every arbitration is a national arbitration, that is to say, subject to a system of national law. Every arbitration is necessarily subject to the law of a given State. No private person has the right or power to act on any other level other than that of a municipal law. Every right or power a private person enjoys is inexorably conferred by or derived from a system of municipal law which may conveniently be called the *lex arbitrii*. It can, however, be submitted with confidence that an arbitration to have its seat in England is always and necessarily governed by English rules of procedure, including the Arbitration Act 1950» (MANN, Frederick. *The Uncitral Model Law-Lex Facit Arbitrum*, 2 *Arb. Int'l*, 1986, pp. 244-251).

contexto que requiere de libertades y no de imposiciones autoritarias para poder funcionar eficientemente, conforme a los intereses de las partes.

Sin duda que, dejando de lado el manido enfoque de la naturaleza jurídica del arbitraje, se debe entender de una vez, que el eje primordial sobre el que se desarrolla la conformación del arbitraje, es la autonomía de la voluntad. Éste permite y hace posible la materialización del íter arbitral, en un contexto de amplia libertad y buena fe, pero sin transgredir el principio elemental de la igualdad de las partes en sede arbitral y en congruencia con la *lex fori arbitrii*.

Ése debería ser el *Leitmotiv*, que lamentablemente no se encuentra presente en forma integral en los documentos objeto de comentario. Y si es que lo está, lo encontramos debilitado y fraccionado, a conveniencia del legislador o, en su caso, a conveniencia del ente jurisdiccional que emite opinión e «interpreta» en forma «jurídicamente correcta» el marco normativo arbitral, tal como ha ocurrido con las sentencias del Tribunal Constitucional peruano.

Sin embargo, debe tenerse presente que lo cierto es que esta autonomía de la voluntad se extiende incluso a los casos de los mal llamados «arbitrajes forzosos u obligatorios», como el que existe en el Perú para la solución de controversias en la etapa de ejecución de los contratos celebrados en el marco de la ley de contrataciones del Estado.

Eso se debe a que, finalmente, tampoco cabe duda de que nadie obliga a los contratistas a participar en procesos de selección y contratar con el Estado. De modo que si lo hacen, la cláusula arbitral es una más de las cláusulas obligatorias del contrato. Y lo es, al igual que la cláusula resolutoria, la de garantías contractuales, entre otras,<sup>13</sup> lo que

---

<sup>13</sup> Súmese a ello la proliferación de competencias arbitrales especializadas que se registra en el Perú, en otros países y en el ámbito internacional. Para el caso peruano ver acá los distintos ámbitos económicos que cuentan con normas que refieren al arbitraje: <http://www.limaarbitration.net/arbitraje-nacional-normas-arbitrales.html>.

se materializa en forma muy similar al contrato con cláusulas generales de contratación que encontramos en el derecho privado. Siendo que, además, el convenio arbitral es variable, en la medida de que el arbitraje sea de derecho y el presidente del tribunal sea abogado.

En lo que concierne al régimen de autonomías, se trata, entonces, de una diferencia de matices, que técnicamente y conforme a la especialidad que corresponda, se presentan en el ámbito de las distintas «competencias arbitrales especializadas» que concurren en diversos ámbitos económicos; lo que ocurre tanto a nivel local<sup>14</sup> como a nivel internacional.<sup>15</sup> Pero, lo cierto es que sin autonomías debidamente estructuradas, el arbitraje deviene en un medio disfuncional de solución de controversias, que pierde eficiencia y calidad.

En consecuencia y regresando a la reflexión crítica antes planteada y que tiene que ver con la naturaleza jurídica del arbitraje, tal como ésta ha sido presentada en el predictamen, no cabe duda de que deviene en un ejercicio írrito y desactualizado, que se desperdicia en el esfuerzo estéril por tratar de explicar el instituto, a partir de enfoques como los que contiene el referido documento, máxime si atendemos al estado actual de evolución del arbitraje en el Perú, donde se constata que la práctica del arbitraje se ha expandido ampliamente.<sup>16</sup>

Esta práctica constituye, probablemente, un ejemplo de éxito en la región de América Latina; y en donde nuestro país incluso ha regulado disciplinas de avanzada, como el arbitraje para las partes no signatarias del convenio arbitral; entre otras, a lo que se suma el hecho de contar con una ley de tercera generación, debido a que es el resultado de la evolución de las dos leyes de arbitraje previas, promulgada a partir

---

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> Ver ROMANO, Cesare. «The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle». En *International Law and Politics*, 1999, vol. 31.

<sup>16</sup> BORN. *Ibid.*

del perfeccionamiento de los modelos de regulación, pero tomando en cuenta la experiencia tanto local como internacional.

En esencia, reiteramos, debe quedar claro en este punto que sin pacto entre las partes, no hay convenio arbitral. Y si no hay convenio arbitral, no hay arbitraje. De modo que el marco jurídico se debe expresar técnicamente, garantizando las libertades para que ello se pueda materializar eficientemente. Lo que se da en el contexto de las normas legales y constitucionales, como lo hace la Ley de Arbitraje peruana. Es necesario tener en cuenta, además, que existe todo un flanco internacional que ha sido contemplado en la ley y que no es ajeno a la regulación del arbitraje local, en tanto que, precisamente, el último avance que muestra la actual ley de arbitraje, es haber eliminado el tratamiento dual de la Ley n.º 26572.

La alternativa fácil y, por cierto, deleznable, que contrasta con la regulación técnica y la tutela de la autonomía del instituto, consiste en retroceder lo avanzado y recurrir a los modos de regulación autoritaria, fraccionando el arbitraje en compartimentos estanco y generando sobre regulación innecesaria, recurriendo al «pretexto» jurisdiccional.

Lo que además implica ir en contra de la tendencia de desarrollo que muestran los últimos veinte años de práctica arbitral en el Perú y significaría regresar a los tiempos en los que, por diversas razones, no se arbitraba en el Perú; en especial, por la imposición de poderes ajenos al arbitraje y a la voluntad de las partes, máxime cuando es indudable que lo que se debe garantizar es que las partes cuenten con facultades para regular su arbitraje en el convenio arbitral, incluyendo en éste las estipulaciones que resulten congruentes con sus intereses contractuales y económicos.

Es decir, el marco jurídico debe hoy brindar tutela a ese esquema de autonomías, facilitando la toma de decisiones de las partes y no obstruyéndola; de lo contrario, el marco jurídico podría degenerar mediante contenido y normativa que atentará flagrantemente contra las libertades.

Esta situación se constata cuando la legislación establece restricciones y regulación innecesaria, ocupándose en «sobrepositivizar» el instituto, imponiendo normas sobre cuestiones accesorias e irrelevantes, como las que pretende regular el proyecto y el predictamen objeto de crítica, a partir de un enfoque írrito, basado en la presentación confusa de las teorías con las que presuntamente se explica el arbitraje, pero sin tomar en cuenta las características técnicas del arbitraje como medio de solución de controversias, que otorga relevancia a los principios inherentes a la igualdad de las partes en sede arbitral.

*b) Imputación sin sustento*

En el documento objeto de comentario se imputa de manera muy ligera a los centros de arbitraje privados, en el sentido de que éstos estarían incurriendo en la presunta imposición a los árbitros, de un «requisito adicional no previsto en la ley», para el ejercicio de la función arbitral, como sería el de encontrarse obligatoriamente registrados en la nómina que forma parte del registro o lista de árbitros de cada centro de arbitraje.

Esta afirmación se hace, aparentemente, sin tomar en cuenta que, en la práctica y conforme lo establecido en la ley de arbitraje actualmente en vigencia en el Perú, nada obliga a los centros de arbitraje a contar con una lista de árbitros. Felizmente, eso es así, como se explicará a continuación, porque eso corresponde, precisamente, a los regímenes de autonomía que caracterizan al arbitraje y por los cuales el arbitraje funciona y se desarrolla en el mundo. Lo que, incluso, comprende la posibilidad de que los centros funcionen con o sin listas de árbitros.

Es decir, quienes han suscrito la propuesta parecieran ignorar que el régimen de tratamiento de la lista de árbitros, no es un asunto medular en la estructura de protección de las libertades, derechos y obligaciones previstos en la ley de arbitraje y en la práctica arbitral comparada.

Es por eso que este asunto no se expresa en disciplinas que lo regulan detalladamente. Pero, ésta no es una omisión, como pensarían los legos en la materia. Por el contrario, se trata de una forma de regulación técnicamente correcta, que privilegia la iniciativa privada de los centros de arbitraje, para que procedan conforme a su especialidad, configuración institucional, orientación estratégica hacia el mercado, etc., en la línea de promover el uso y la práctica libre del instituto, conforme a la realidad hacia la que están apuntando su oferta de servicios.

De otro lado y como sabe cualquier persona mínimamente informada en arbitraje, y al tanto de cómo funcionan los servicios de organización y administración de arbitrajes, hay centros que carecen de lista de árbitros.

A lo que se suma el hecho de que los que, efectivamente, cuentan con una lista de árbitros, no necesariamente comparten con otros centros las mismas prácticas y reglas sobre la administración de sus listas de árbitros, ni tampoco comparten necesariamente lo concerniente a los protocolos sobre la base de los cuales prestan sus servicios en el mercado, pues lo cierto es que cada centro puede tener su propia experiencia, *know-how*, formas de organización y características diferenciadoras.

En consecuencia, constituye un absurdo pretender uniformizar por vía legal dichas reglas, y lo que es peor, pretender introducir requisitos rígidos así como normas obligatorias. Éstas no son otra cosa que expresiones de autoritarismo generador de sobrecostos, lo que es inaceptable en pleno siglo XXI.

Al final se trata de iniciativas que de este modo se asemejan a las ahora anacrónicas e inaceptables prácticas napoleónicas y nacionalsocialistas antes reseñadas, al plasmarse en enfoques restrictivos, que atentan contra libertades constitucionales elementales y que además producirán impactos económicamente negativos para la práctica arbitral en el Perú.

Sobre esto se comentará más adelante, pero en forma preliminar, corresponde precisar que es esencial preservar y garantizar la libertad de los centros de arbitraje en el marco legal, para que éstos definan de manera autónoma la forma como tratarán el tema referido a los árbitros, así como los demás temas inherentes a sus funciones; de lo contrario, se producirán retrocesos en el tratamiento del instituto. Ello, debido a que en realidad serán los usuarios los que decidan si usan o no los servicios de los centros y éstos deberán competir para lograr la preferencia de dichos usuarios brindándoles cada vez mejores servicios.

Las libertades de los centros de arbitraje son, entonces, un correlato natural de la autonomía de las partes para pactar el arbitraje. Sin esas libertades, el arbitraje no es viable y decae irremediablemente; reiteramos, tal como en algún momento ocurrió en Francia y Alemania.

De lo que se trata, entonces, es de privilegiar y garantizar la libre evolución del instituto arbitral en sus distintas expresiones, así como su auto regulación, porque de esa manera el arbitraje se desarrollará en forma congruente con el comercio, tal como enseña la historia y la experiencia práctica, conforme a la especialidad y estando a la evolución de la *Lex Mercatoria*<sup>17</sup> y del arbitraje entendido como *Lex Mercatoria* Procesal.<sup>18</sup> Téngase presente que no es una casualidad que en la mayoría de los artículos de la ley de arbitraje se precisa que la norma es de aplicación supletoria a lo pactado por las partes en el convenio arbitral.

*c) De la estructura de los centros de arbitraje, múltiples modelos*

Los centros de arbitraje cuentan con elementos estructurales, como son: el régimen de autonomías para prestar servicios en un marco de independencia e imparcialidad y como correlato directo de la libertad de

<sup>17</sup> Ver CALLIESS, Galf-Peter. «Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomous Legal System». *German Law Journal*, 2001, vol. 2, n.º 17-01.

<sup>18</sup> Ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «Globalization of Arbitral Procedure». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, vol. 36.

las partes para pactar el arbitraje; los reglamentos institucionales, que abarcan tanto las reglas arbitrales, así como la forma en que regulan el funcionamiento institucional y sus órganos (secretaría general, corte de arbitraje o consejo superior, etc.), garantizando la igualdad entre las partes; el régimen económico, para regular el pago de honorarios arbitrales y, finalmente, si la institución lo ha dispuesto así y en concordancia con sus fines estratégicos, podrá contar con una lista de árbitros y su respectivo marco reglamentario.

Estos elementos pueden presentarse organizados de distinta manera e incluso es posible prescindir de uno o más de ellos, dependiendo del tipo de centro de arbitraje que se trate, ya que lo único que no es prescindible son las libertades que garantizan la autonomía institucional, tanto de los centros como del arbitraje en sí, así como el principio de igualdad entre las partes que recurren al arbitraje, como medio de solución de controversias.

En efecto, si se lee con detenimiento la ley de arbitraje actualmente en vigencia en el Perú; que como se ha adelantado, es una ley de tercera generación que resume la práctica arbitral de casi dos décadas en el país, al ser el resultado de la evolución en la aplicación de dos leyes de arbitraje previas (Decreto Ley n.º 25935 de 1993 y Ley n.º 265729 de 1995),<sup>19</sup> se constatará inmediatamente, reiteramos, que los centros de arbitraje no están obligados a tener una lista de árbitros. Afirmar lo contrario, es técnicamente incorrecto, y proponer lo contrario es simplemente absurdo.

Es decir, que la ley permita que no haya listas de árbitros y que no incluya una disposición al respecto, es debido a que se trata de un asunto que se ubica esencialmente en el ámbito de la libre decisión privada de los centros. Las partes someten a ellos libremente sus arbitrajes y el tener o no listas, tiene que ver con la forma como los centros se organi-

---

<sup>19</sup> Ver CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA. *20 años de arbitraje en el Perú, 1993-2013*. Libro editado por la Cámara de Comercio de Lima, 2013.

zan para optimizar su capacidad para prestar servicios a sus usuarios, en el contexto nacional e internacional, a partir de su prestigio y competitividad institucional. ¿Es tan difícil de entender eso?

De hecho, no cabe duda de que la experiencia y la especialidad profesional en materia de arbitraje, demuestran hoy que existen los más diversos tipos de centros de arbitraje, incluyendo aquéllos que carecen de listas de árbitros y funcionan perfectamente, brindando servicios de arbitraje institucional; además de contar con reconocido prestigio internacional. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, con el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), o aquéllos que diversifican sus servicios, tal como ocurre con la *American Arbitration Association*,<sup>20</sup> entre otros.

Téngase presente, además, que ambas instituciones son privadas, y en el caso de la CCI, funciona en el seno de una de las instituciones con más prestigio y reconocimiento en materia de comercio internacional a nivel mundial.

Y si las partes pactan el arbitraje CCI, simplemente eso se debe a que lo hacen porque conviene a sus intereses económicos y comerciales, siendo ésa y no otra la lógica que el predictamen parece no haber tomado en consideración; es decir, que cuando hablamos de arbitraje, estamos en un contexto eminentemente transaccional, que debe ser tratado como tal y no como una jurisdicción o cuasi jurisdicción de última categoría, adscrita al poder estatal de turno.

Se trata, entonces, de eliminar en el arbitraje las injerencias no deseadas por el acuerdo de voluntades de las partes, en orden a que inmediatamente se gatillan sobrecostos que perjudican a los operadores comerciales y económicos, que justamente requieren de libertades básicas para acceder a la práctica arbitral y lograr el mayor dinamismo para sus actividades comerciales.

---

<sup>20</sup> Ver <https://www.adr.org>.

Sin embargo y regresando al tema planteado, si bien la CCI carece de una lista de árbitros, lo cierto es que cuenta con diversos medios y reglas de control institucional, que son el resultado del perfeccionamiento de sus mejores prácticas y protocolos, a lo largo de unos cien años de experiencia, para así brindar seguridades y garantizar la integridad y calidad del arbitraje CCI. Dichas garantías están previstas en sus reglamentos y esos reglamentos son aprobados por la institución conforme a sus estatutos privados.<sup>21</sup>

Esto comprende y no se limita, por ejemplo, a la facultad de los órganos institucionales de la CCI para confirmar a los árbitros designados por las partes, la posibilidad de que las partes recusen a los árbitros y muchos otros aspectos que confirman que la CCI cuenta, efectivamente, con ciertas características exclusivas y específicas, que distinguen sus servicios y que son propias de la organización y administración de casos arbitrales en dicha institución.

Esas características hacen que ese arbitraje sea un «arbitraje CCI», que, en consecuencia y, no obstante no contar con una lista de árbitros, permiten que sea reconocido como tal en la comunidad arbitral, brindando seguridad jurídica e institucional a sus usuarios y compitiendo con otros prestadores de servicios a escala global, contando con una marca que goza de confianza, prestigio e indiscutido reconocimiento internacional.

Todas estas características, reiteramos, no son aleatorias y obedecen a criterios técnicos, así como a la evolución en el tiempo. Téngase presente que la CCI es una institución con cerca de cien años de existencia. De otro lado, una institución con el prestigio de la CCI es bien conocida por los usuarios de sus servicios, desde el momento que pactaron el arbitraje CCI; es decir, mucho antes de que se suscite la controversia y sin que sea necesario que ello sea definido por una ley ni por un tratado

---

<sup>21</sup> Ver <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/>.

internacional ni por las disposiciones administrativas que emita algún Estado.

Asimismo, no cabe duda de que éstas son características que privilegian autonomías y libertades inherentes al arbitraje, sin las cuales no es posible perfeccionar el instituto.

Basta entonces con revisar el reglamento de arbitraje de la CCI,<sup>22</sup> para constatar cómo funciona este modelo de regulación sin lista de árbitros. Sin perjuicio de ello, se trata de uno de los centros privados más importantes, que ofrece servicios bajo la marca universalmente conocida de «arbitraje CCI», operando prácticamente en todo el mundo.

El modelo CCI no está diseñado exclusivamente para el arbitraje internacional y, simplemente, es un modelo más de gestión de arbitrajes como cualquier otro. Lo que, precisamente, caracteriza técnicamente a una institución arbitral. Como también es evidente, esta institución arbitral concurre con otras que operan en diversos lugares del mundo y que perfectamente pueden obedecer a otros modelos, los mismos que se justifican técnicamente a partir de las disciplinas que regulan el arbitraje, correspondiendo a estándares universalmente aceptados y que tienen su razón de ser en la autonomía y en las libertades inherentes al instituto.

Todo esto depende del tipo de servicios que preste cada centro y de su enfoque estratégico hacia el mercado local o global de servicios, en donde se constata que a mayores libertades, se generarán como consecuencia mayores incentivos para que dichos centros se encuentren en capacidad de diversificar competitivamente su oferta de servicios, en función de las necesidades del comercio y de los negocios.

A ello se pueden sumar muchos otros factores inherentes a cada especialidad, donde cada institución busca destacar por su prestigio y por sus características distintivas; reiteramos, para efectos de ser competitivos

---

<sup>22</sup> *Ibid.*

y captar la mayor cantidad de casos arbitrales, por vía de la incorporación de su «cláusula arbitral tipo» en los contratos que celebren sus usuarios.

d) *No hay «agregación» de requisitos*

Se incurre, entonces, en el predictamen en un error conceptual, al considerar que los centros de arbitraje estarían «agregando» requisitos supuestamente «extralegales», cuando como hemos visto, conforme a la ley de arbitraje y estando a la práctica arbitral comparada, la lista de árbitros es un elemento colateral o accesorio, cuya incorporación o no incorporación a la estructura institucional de los centros de arbitraje, obedece, básicamente, a un asunto que se ubica exclusivamente en el ámbito de decisión privada de cada centro, por lo que resulta ociosa e impertinente su regulación.

De ahí que la función de la ley de arbitraje sobre este aspecto consista, esencialmente, en garantizar la libertad a los centros, para que éstos decidan sobre este asunto, brindando la ley una regulación mínima, que permita la máxima libertad de las partes al momento de decidir a qué reglamento institucional de arbitraje someten la solución de sus controversias. Eso obedece a razones técnicas, propias de la forma de regular este tema en el ámbito legal especializado en arbitraje.

El predictamen desconoce, entonces, que esencialmente dicha decisión tiene que ver con la forma como cada centro se distingue de los demás, para efectos de definir una ubicación en el mercado, a partir de su prestigio y características. Esto beneficia a los usuarios con la mejora permanente de la oferta de servicios y la competencia entre centros; es decir, incentivando que éstos hagan todo lo posible para que se les identifique de manera clara, como por ejemplo: «arbitraje CCI», «arbitraje de la *American Arbitration Association*», «arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima», «arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo», «arbitraje de la Corte de Arbitraje de Londres», «arbitraje de la Cámara de Comercio de Piura», «arbitraje de la Cámara de Comercio de Arequipa», etc.).

En consecuencia, los centros de arbitraje necesitan contar con libertad para poder optar por diseñar de la forma que consideren más adecuada su configuración institucional, de modo que perfectamente puedan optar por tener o no tener una lista de árbitros o por adoptar o no el modelo como el que caracteriza a la regulación de la CCI o cualquier otro modelo similar o distinto, dado que el arbitraje corresponde, esencialmente, a las necesidades del comercio y los negocios, siendo que éstos evolucionan permanentemente, generando incentivos para que las instituciones arbitrales procedan a desarrollar cada vez más nuevos servicios y productos; como por ejemplo, el arbitraje abreviado, el arbitraje anticipado, las competencias arbitrales especializadas, entre muchos otros, que no siempre se establecen por vía de la promulgación de una ley, al no ser ello necesario ni indispensable.

Esta línea evolutiva evidentemente se vería perjudicada en el Perú, mediante la regulación restrictiva y autoritaria como la que se está proponiendo y queriendo imponer, pues atenta directamente contra la iniciativa privada e implica un grave retroceso en la regulación del arbitraje como institución jurídica.

Como se comprueba a partir del análisis desarrollado, existe un amplio espacio para la definición de la fórmula que más convenga, donde el hecho de no contar con una lista de árbitros es un asunto perfectamente arreglado a derecho y al estado actual de la técnica, conforme a la ley de arbitraje peruana y en congruencia con el derecho arbitral comparado. Pues, esto, finalmente, beneficia al usuario del arbitraje que, finalmente, es el que decide si utilizará algún servicio institucional de organización y administración de arbitrajes o si optará por el arbitraje *ad-hoc*.

*e) De la libertad de decisión, el prestigio y la confianza*

Los centros de arbitraje, al poder decidir sin restricciones lo mejor para su desarrollo institucional, contarán de manera natural con medios para responder competitivamente a las necesidades del comercio y para actuar

en forma oportuna y ágil, respondiendo ante la realidad del mercado de servicios del arbitraje institucional y contando también con las condiciones necesarias para distinguirse unos de otros, competir entre sí y desarrollar exitosamente su o sus respectivas «marcas de servicios», en beneficio de los usuarios y del mercado correspondiente.

En ese contexto, la norma propuesta es un absurdo aun mayor y de tinte autoritario e interventor, que más bien limita el desarrollo, crecimiento y definición institucional de los centros de arbitraje, sin tomar en cuenta las realidades del mercado de servicios de organización y administración de arbitrajes, que tiende a expandirse significativamente en el Perú y en el mundo.

Esto viene ocurriendo; en especial, desde mediados de los años noventa en adelante<sup>23</sup> y si se ha logrado dicha expansión, no cabe duda de que eso se debe, precisamente, a que se ha mantenido un modelo abierto de regulación, que no ha privilegiado ni el intervencionismo ni la imposición de normas autoritarias; y más bien, ha facilitado la iniciativa privada.

A eso súmese el hecho de que bajo el marco normativo actual, los centros pueden adoptar la modalidad de regulación más variada y diversa, dependiendo del ámbito o sector económico en el que presten servicios (finanzas, comercio, inversiones, energía, hidrocarburos, etc.), siendo ésta una tendencia inevitable en el mundo contemporáneo, que el predictamen y el proyecto de ley parecen desconocer,<sup>24</sup> porque pareciera que se refieren a un modelo único o estático.

Dicha realidad se presenta indistintamente, tanto en el ámbito local como en el internacional, donde somos testigos de un proceso de «autoregulación institucional de los centros de arbitraje», así como de «proliferación de competencias arbitrales especializadas», que beneficia

---

<sup>23</sup> CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA. *20 años... Ibid.*

<sup>24</sup> Ver, por ejemplo, áreas de especialización que ofrece la *American Arbitration Association*. <https://www.adr.org>.

a todos los involucrados por igual; como son, los usuarios, los árbitros, los centros de arbitraje, las empresas, etc.

Todo ello, reiteramos, ocurre en función de actividades económicas específicas, en las economías nacionales y a escala internacional o global, donde ya resulta innegable el proceso de inserción del Perú,<sup>25</sup> tal como consta en más de una decena de tratados de libre comercio ratificados por nuestro país,<sup>26</sup> acompañados de decenas de tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones,<sup>27</sup> en los que se respetan estos estándares internacionales basados en las libertades inherentes al instituto y se incorpora el arbitraje como medio de solución de controversias, siguiendo un modelo de regulación abierto y promotor de la competencia.

Genera, entonces, preocupación, por decir lo menos, que en el predictamen se mencione de manera dogmática y desinformada, el tema de las listas de árbitros; como si lo referente a ello fuera una «limitación» al ejercicio de la función arbitral; cuando en realidad y estando a la dinámica de sus servicios y de los mercados en los que se desarrollan, los centros de arbitraje son instituciones privadas, cuyo libre proceso de toma de decisiones es una de sus características principales, a partir del prestigio y del reconocimiento que les brinde el mercado y que beneficie a los usuarios.

Sin duda que para tal efecto los centros deberán proceder siempre en el marco de la legislación especializada y con plenas facultades para hacer todo aquello que la ley no prohíbe, en virtud del correspondiente princi-

---

<sup>25</sup> Ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Franz KUNDMÜLLER CAMINITI. «El arbitraje inversionista-Estado entre los Estados de la Unión Europea y el Perú». En *Acuerdo Comercial entre Colombia, Perú y la Unión Europea*. Lima: Universidad del Pacífico, 2013. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Franz KUNDMÜLLER CAMINITI. «Solución de controversias inversionista-Estado». En *TLC Perú-Estados Unidos, contenido y aplicación*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC, 2008.

<sup>26</sup> Ver <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe>.

<sup>27</sup> Ver [https://mef.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=343&Itemid=100911&lang=es](https://mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=343&Itemid=100911&lang=es).

pio constitucional, reiteradamente reconocido en sentencias del Tribunal Constitucional<sup>28</sup> y tomando en cuenta que las diversas competencias arbitrales especializadas que se están creando, surgen en función de las necesidades específicas de cada sector o ámbito económico o comercial, en congruencia con la Constitución Política del Estado y con la ley de arbitraje.

Es necesario tener en cuenta que esto es así, no porque la ley lo establezca o porque lo disponga autoritariamente, sino porque se ha incrementado exponencialmente el contexto transaccional de los mercados donde se demandan servicios especializados de solución de controversias, en un espacio ahora transnacional, que no se limita a los ámbitos locales y que privilegia las autonomías y libertades por encima de los autoritarismos de diverso cuño.

La ley de arbitraje, como norma especializada en la materia, establece los requisitos mínimos para que la institución jurídica del arbitraje cuente en el contexto antes descrito, con seguridad jurídica. La norma logra eso sin incurrir en sobrerregulación. Se trata de evitar factores limitantes para la especialización en la prestación de servicios de solución de controversias en sectores económicos diversos.

Del mismo modo, la sobrerregulación es fuente de generación de sobrecostos y externalidades, que hacen más onerosas las diversas actividades económicas y comerciales, restándole competitividad al arbitraje, como efecto inmediato de la merma de libertades, tal como está demostrado históricamente en el caso concreto de los países antes reseñados.

En tal sentido, está demostrado que los centros de arbitraje deben contar con las garantías legales mínimas para organizar la forma en como prestan sus servicios, a efectos de optimizarlos con criterios de calidad y eficiencia, mediante el perfeccionamiento de sus reglas y protocolos; generando confianza en sus usuarios, a partir de la consolidación

---

<sup>28</sup> Ver <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00135-1996-AA.html>.

del prestigio institucional y de los estándares de calidad aplicables en el ámbito de la especialidad.

Proceder de otra manera; es decir, imponiendo reglas en forma autoritaria y antitécnica, implica una inaceptable injerencia en el ámbito de decisión de las instituciones arbitrales privadas, por lo que las iniciativas de ese tipo deben ser rechazadas de plano, ya que constituyen un atentado contra las libertades elementales que sostienen el desarrollo del arbitraje.

La explicación es sencilla, en el negado supuesto de prosperar las iniciativas autoritarias contenidas en el predictamen y el proyecto correspondiente, los centros no podrían adoptar sus decisiones institucionales con plena libertad, ni definir con claridad si usarán o no una lista de árbitros en su respectiva configuración institucional.

Además, se afectaría la posibilidad de que los centros puedan adoptar alternativamente otros modelos de regulación, perfectamente válidos y aceptados conforme a la técnica y la práctica arbitral más avanzada, como es el caso del modelo CCI antes citado, por sólo mencionar uno de tantos ejemplos, reiteramos, se producirían así efectos negativos contra el arbitraje.

Es, entonces, errado que se pretenda en el predictamen que todos los supuestos de regulación del arbitraje entren en el «ojal de aguja» de las tantas veces mencionada lista de árbitros, pretendiendo lo imposible, como lo es el tratar de lograr mediante un ejercicio surrealista, que el elefante denominado como «lista de árbitros», pase a la fuerza por el ojal; simplemente porque al legislador se le ocurrió, seguramente con la mejor intención, pero sin tomar en cuenta los aspectos técnicos de la especialidad e imponiendo una norma mediante una iniciativa, a todas luces, autoritaria e innecesaria.

Y lo que es peor, como se ha adelantado, de este modo se genera regulación antitécnica que, a la larga, implicaría un grave retroceso, que

deviene en un factor limitante para la práctica y el desarrollo del arbitraje en el Perú, tal como ésta se entiende contemporáneamente y conforme los estándares universalmente aceptados; en especial, en lo concerniente a la importante función de los centros de arbitraje, como entes promotores que incentivan el desarrollo arbitral, a partir de la generación de prestigio, calidad y confianza, en un entorno competitivo.

De modo que, estando a lo expuesto, no cabe duda de que es un error que el predictamen y el proyecto se fundamenten en la falsa premisa de que los centros siempre instauran un requisito adicional en lo concerniente a las listas de árbitros, cuando, en realidad, lo que hacen es llevar a cabo labor institucional compleja y especializada, en el ámbito de la organización y administración de arbitrajes, además de otros servicios.

Esta premisa falsa también apareja errores de apreciación, puesto que en el predictamen no se ubica ni reconoce a los centros de arbitraje como instituciones privadas, organizadas a partir del principio de la libertad de asociación, principio que se encuentra debidamente tutelado constitucionalmente y cuya configuración legal muchas veces deriva de contratos privados que no pueden ser modificados por ley posterior, tal como ordena la misma Constitución Política del Estado, en su artículo 62.

Por el contrario, se pretende obviar el principio en mención e imponer condiciones y requisitos a los centros, para la administración de sus listas de árbitros. Ésta también es una inaudita expresión de autoritarismo, que como ya se ha comentado reiteradamente, se encuentra más cerca de los modelos de regulación propios del bonapartismo y del nacionalsocialismo, antes que de las tendencias que encontramos en una democracia de pleno siglo XXI, en un mundo globalizado, donde se debe fomentar el prestigio de los centros de arbitraje y de los árbitros, así como la competitividad de los servicios, en un contexto de las plenas

autonomías arbitrales debidamente equilibradas mediante el principio de igualdad entre las partes que someten sus controversias a arbitraje.

*f) La presunta imposición y el pacto*

Asimismo y en segundo lugar; se señala que este presunto «requisito impuesto» por parte de los centros de arbitraje, no habría sido pactado por las partes, lo que nos lleva a concluir preliminarmente que hay una falta de apreciación y adecuado entendimiento técnico de lo que corresponde el alcance, contenido y efectos del convenio arbitral; en especial, el «convenio o cláusula arbitral tipo».<sup>29</sup>

Como se sabe, los centros de arbitraje publicitan lo que técnicamente se denomina como «cláusulas arbitrales tipo», mediante las cuales los usuarios que deciden que determinado centro se encargue de organizar y administrar un arbitraje, ante la eventualidad de una controversia, quedan en absoluta libertad de usar o no la referida «cláusula tipo» e incorporarla a sus contratos. Como es evidente, nadie los obliga a hacerlo. Los usuarios pueden incorporar en sus contratos prácticamente cualquier cláusula arbitral tipo de cualquier centro de arbitraje, tomando así la decisión que más convenga a su negocio.

Pero, si las partes lo pactan, es porque la mínima diligencia requerida ha sido puesta en práctica por ellas antes de pactarlo. De modo que el pacto implica que las partes saben y conocen todo lo que comprende el haber acordado que tal o cual institución arbitral preste las labores de organización y administración del arbitraje.

En consecuencia, las partes desean mediante la incorporación de la cláusula tipo, que las reglas de ese centro de arbitraje formen parte de su relación jurídica y por eso incorporan esas reglas a sus negocios, dándole seguridad jurídica arbitral a sus contratos.

---

<sup>29</sup> Ver <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/standard-icc-arbitration-clauses/>.

Es así y no de otra forma como se debe entender la incorporación de cláusulas arbitrales tipo en los contratos; o, en general, el sometimiento de las partes al reglamento de las instituciones arbitrales; de modo que ello obedece específicamente a la autonomía de las partes, que saben y conocen perfectamente cuál es el centro que les conviene para encargar la organización y administración de los arbitrajes derivados de sus negocios.<sup>30</sup>

Éste es otro aspecto mal entendido en el predictamen, pues la presunción que se estaría manejando, al menos por el tenor del texto bajo análisis, es que las partes serían unos absolutos ignorantes en estado de indefensión, en lo que concierne al centro al que someten sus controversias.

Y ése es otro grave error del proyecto, puesto que cualquier operador mínimamente diligente, en cualquiera de los ámbitos económicos en los que hoy es posible arbitrar en el Perú y en el ámbito internacional, en particular, analizará sobre la base de sus intereses y a partir de una perspectiva de prestigio, calidad, confianza y costo-beneficio, cuál es el centro a cuya organización y administración someterá su arbitraje y cuál es el centro a cuyos reglamentos jamás se someterá. No proceder de esta manera, sería negligente, irracional y absurdo, lo que en el ámbito comercial se traduce concretamente en reducción de probabilidades de éxito.

En ese sentido, como también es evidente, son las partes y no el o los legisladores autores de la propuesta de reforma o del predictamen, las que a su conveniencia y de acuerdo a sus intereses económicos y comerciales, tienen absoluta libertad para recurrir o no a determinado centro de arbitraje.

Y si esos actores económicos son lo suficientemente diligentes e informados, procederán a usar los servicios de la marca institucional de organización y administración de arbitrajes más destacada o la marca

---

<sup>30</sup> BORN. *Ibid.*

que mejor satisfaga sus necesidades. De donde se concluye que el primer problema planteado en el predictamen, no existe y es una falacia, por lo que el proyecto de ley carece de sentido en este extremo.

### III. SEGUNDO «PROBLEMA»

A continuación se señala lo que el predictamen denomina como «segundo problema»:

Otro problema legislativo advertido es que las instituciones arbitrales, en efecto, conforman una nómina de árbitros propia de su institución, la cual, como es lógico, debe actualizarse constantemente (incorporando nuevos integrantes y depurando) en beneficio de quienes quieran servirse de ella para realizar una designación de árbitro. Sobre ello, se sabe que para que una persona en capacidad para desempeñarse como árbitro conforme a las exigencias que prevé la ley, para poder incorporarse como árbitro adscrito a la nómina de árbitros de una institución arbitral, agota diversas etapas de calificación objetiva, conforme a las exigencias de cada institución arbitral; en ese sentido, haciendo mérito al principio de transparencia que inspira a la institución del arbitraje y, para poder garantizar que la incorporación de un árbitro a la nómina de una determinada institución arbitral responda a exigencias objetivas e imparciales, ésta deberá ser debidamente publicitada por las instituciones arbitrales en sus respectivos portales web y en cuanto medio de difusión resulte posible. Del mismo modo, debe precisarse que cualquier exigencia que se establezca a un árbitro para poder ser incorporado a una nómina de árbitros, no podrá permitir que con ello se genere algún tipo de discriminación.

Es razonable, además, que quien es incorporado objetivamente a una nómina de árbitros de una determinada institución arbitral, en caso ésta determine su exclusión, tal decisión debe responder también a un fundamento objetivo con expresión motivada de las causas que dan lugar a dicha separación, toda vez que conforme señala el artículo 3, numeral 2) del Decreto Legislativo n.º 1071.

*a) Necesidad de rechazar el intervencionismo*

Constituye un desacierto propiciar el intervencionismo por vía de presuntas soluciones a este inexistente «segundo problema», pues se trata de una injerencia no deseada en el ámbito de decisión de los centros de arbitraje y de los agentes económicos, estando a lo analizado al tratar el también presunto «primer problema», ninguno de los extremos del párrafo citado tiene validez o sentido, en tanto que los centros de arbitraje saben mejor que el legislador lo que tienen que hacer para optimizar sus servicios y ser competitivos.

De otro lado, la otra hipótesis sobre la cual pareciera que se ha desarrollado el párrafo objeto de análisis y correspondiente al llamado como «segundo problema», es que los agentes económicos son unos ignorantes absolutos en materia de su negocio y se encontrarían en estado de indefensión o de absoluta incapacidad.

Esto, en consecuencia, les impediría tomar decisiones mínimamente racionales, cuando deciden someterse o no a los reglamentos de un centro de arbitraje. Eso, en la realidad de la dinámica comercial, simplemente no existe y no es así.

Del mismo modo, el documento parece seguir la hipótesis de que los centros de arbitraje que optan por contar con una lista de árbitros; que como hemos visto, no es un componente indispensable de los centros, que bajo la forma de cómo está planteado el texto, dejaría la sensación de que también los centros son unos entes absolutamente incompetentes que, de ser el caso, no sabrían escoger a quiénes corresponde y a quiénes no corresponde incorporar a sus listas y cómo hacerlo.

En tal sentido, no se trata acá de un asunto de discriminación, como se sugiere en el predictamen, sino que estamos ante un asunto que requiere de la libre decisión de los centros, en función de sus parámetros de calidad y prestigio; siendo que este último; es decir, el prestigio, no es

medible ni cuantificable, a lo que se suma el hecho de que toma mucho tiempo construirlo y es muy fácil echarlo a perder.

Los centros de arbitraje, además, no son instituciones públicas ni de beneficencia. En consecuencia, deben poder definir sin interferencias de ningún tipo lo referente a sus listas de árbitros, conciliadores; y, en general, prestadores de servicios especializados, en el contexto de los servicios que prestan.

De lo contrario, es evidente que se generará un grave desincentivo para el desarrollo y logro de mejores prácticas por parte de las referidas instituciones, ya que en el ámbito de solución de controversias, la generación de confianza es un factor crucial que no es «reglamentable» ni tampoco se constituye por vía de la emisión de normas legales.

Es decir, siguiendo lo detallado en el predictamen, parece que los centros requerirían que mediante ley se regule «adicionalmente» un aspecto (lista de árbitros) que, como hemos visto, es accesorio o colateral, si nos atenemos al estado actual de la técnica arbitral.

Y por si esto fuera poco, se pretende condicionar todo este asunto por vía de una ley; cuando en realidad, corresponde plenamente al ámbito de decisión privada de los centros de arbitraje, que éstos hagan su trabajo de la mejor manera posible y en función de la demanda de servicios de los agentes económicos a los que prestan servicios, conforme a parámetros de calidad y en un contexto de prestigio institucional, pues si no proceden de esa manera, obviamente, los usuarios no demandarán sus servicios.

El predictamen y el proyecto de ley no toman en cuenta que ésta es la base para la autorregulación que debe ser respetada y tutelada por la ley, y que en estos casos, el «no legislar» resulta ser la mejor metodología.

En efecto y como es lógico, los centros buscarán que las personas idóneas y con prestigio profesional estén en esa lista de profesionales, siendo

evidente que el prestigio no es algo medible objetivamente ni tipificable por ley, además de ser por naturaleza algo exclusivo, en orden a que todos los días se comprueba en la realidad, que no cualquiera goza de prestigio y que toma tiempo, además de mucho trabajo, llegar a tenerlo.

Todo lo demás; es decir, introducir parámetros «objetivos» en el funcionamiento de la toma de decisiones de los centros de arbitraje para, por ejemplo, definir el tema de la lista de árbitros; si la hubiere, es simplemente intervencionismo autoritario. Lo que a la luz de lo analizado, es inaceptable en el ámbito privado y del comercio; en especial, reiteramos, la propuesta de introducir criterios «objetivos» para integrar o excluir a los integrantes de las listas de árbitros, para supuestamente resolver este «segundo problema», que en realidad no existe y, peor aún, usando para ello el manido pretexto de la «discriminación».

En ese sentido, las razones esgrimidas en el predictamen, son claramente atentatorias contra la libertad de asociación y contra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y de los centros de arbitraje; lo que colisiona con los derechos económicos y contractuales consagrados constitucionalmente y con las necesidades inherentes al libre desarrollo del arbitraje, tal como éste se presenta en una economía social de mercado, como la que consagra la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales ratificados por el Perú.

#### **IV. TERCER «PROBLEMA»**

Como tercer problema se presenta y explica la necesidad de que los funcionarios públicos no puedan ser árbitros. En principio, se trata de otra prohibición innecesaria, pues ya la ley de arbitraje regula los impedimentos para ser árbitro y precisa los casos en los que ciertos funcionarios se encuentran impedidos, a lo que se suma la regulación actualmente en vigencia en diversas competencias arbitrales especializadas.

Se alega que sería necesaria esta prohibición, porque los «funcionarios árbitros» estarían percibiendo doble remuneración, si ejercen como árbitros, cuando al mismo tiempo son funcionarios en los arbitrajes en los que el Estado es parte. Al respecto, corresponde precisar que el arbitraje es un proceso temporal y no permanente, a diferencia de la función pública.

Además de eso, existe una práctica de destacados funcionarios que ejercen como árbitros, por lo menos desde fines de los años noventa y que por ello cuentan con experiencia acumulada que es muy valiosa, la misma que debe ser aprovechada y no desmerecida como pretende el proyecto.

En consecuencia, resulta innecesario que el proyecto regule este asunto y mucho menos, que restrinja la posibilidad que los funcionarios puedan efectivamente prestar servicios como árbitros, siempre que se compruebe que no incurrir en causal de recusación debido a conflicto de intereses.

Se concluye, entonces, que no existen fundamentos para alegar la existencia del referido «tercer problema».

## V. CUARTO «PROBLEMA»

Se señala que es necesario regular a los secretarios arbitrales. En este caso, también se incurre en sobrerregulación innecesaria, en orden a que ya existe claramente un régimen de responsabilidades de los árbitros para el cumplimiento de sus funciones, y resulta innecesario incorporar en la ley a los secretarios arbitrales, cuando éstos no cumplen ningún rol en la lógica jurídica contenida en la ley de arbitraje.

Nuevamente, al igual que en los demás «problemas», estamos ante una cuestión que se ubica bajo el ámbito de lo «no legislado», porque es mejor así, máxime cuando toda la capacidad de decisión en el arbitraje

depende de los acuerdos entre las partes y, en su momento, de lo que resuelvan los árbitros. Todo esto porque los secretarios no cumplen ninguna función relevante en la estructura jurídica del arbitraje. De otro lado, los centros de arbitraje en el arbitraje administrado establecen, de ser el caso, cómo operarán respecto de las labores de organización y administración de los casos arbitrales, siendo éste un asunto exclusivamente definido por los propios centros y donde no se requiere una regulación en la ley.

## VI. CONCLUSIÓN

En una economía social de mercado, que funciona sobre la base de la libre iniciativa, la libertad de contratación y de asociación, es indispensable entender la importancia de lo que la ley «no dice», máxime cuando se trata de un medio de solución de controversias como el arbitraje, que obedece a criterios técnicos objetivos, pero también al factor confianza.

En el caso de la ley de arbitraje, esa «norma no escrita» está presente en la mayor parte de la ley por razones técnicas y, precisamente, genera un espacio inherente a su naturaleza jurídica, que consiste en darle prioridad a lo estipulado en el convenio arbitral que, a partir del principio de la autonomía de la voluntad, constituye el factor crucial para la calidad y la eficiencia del arbitraje.

En tal sentido, las partes pueden pactar su convenio arbitral en el marco de «máximos y mínimos» previstos en la ley, pero también los centros de arbitraje prestan sus servicios y adoptan la estructura institucional que más convenga, para presentar su oferta de servicios en forma competitiva y con calidad.

Desde esa perspectiva, debe ser rechazada toda iniciativa que pretenda imponer límites en forma autoritaria, tanto al convenio arbitral como a la libertad de asociación que antecede a cualquier centro de arbitraje.

Proceder en contra de esta tendencia, conforme lo demuestra la historia, implicaría retroceder hacia las peores formas de regulación napoleónicas o nacionalsocialistas, lo que resulta inadmisibile en el actual contexto, estando, además, al estado actual de la técnica arbitral local e internacional.

**LA ANULACIÓN DEL LAUDO POR  
DEFECTOS EN LA MOTIVACIÓN  
¿QUÉ GANA LA PARTE QUE  
LOGRA LA ANULACIÓN DEL LAUDO?**

*Gino Rivas Caso\**

Abstracto: Más allá de la discusión sobre la validez de anular laudos por la afectación del derecho a un laudo debidamente motivado, debemos aceptar que ésta es una situación real y recurrente. Pero, ¿qué efectos genera la anulación del laudo para el resultado final de la controversia? ¿La anulación del laudo debido a una motivación «defectuosa», implica que el nuevo laudo deba decidir en sentido distinto al anulado?

Como veremos, es usual que el nuevo laudo mantenga la misma decisión que el laudo anulado, y esto se debe a que los defectos en la motivación no condicionan, generalmente, la decisión arbitral sobre la controversia.

*Abstract:* Beyond the discussion about the validity of setting aside awards because of the violation of the right to a «due» reasoned award, we should accept that this is a real and recurring situation. However, what effects generate the annulment of an award to the final result of the merits? Does the annulment of an award on the ground of a «flawed» reasoning imply that the new award should decide in a different way compared to the annulled one?

*As we will see, is usual that the new award keeps the same decision that the annulled award, and this is because the flaws in the reasons*

---

\* Abogado y adjunto de docencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*of the award do not condition, generally, the arbitral decision on the merits.*

Palabras clave: Anulación de laudos, laudos motivados.

Keywords: *Annulment of awards, reasoned awards.*

Sumario: 1. Introducción.— 2. Presupuestos necesarios.— 2.1. ¿Qué es la motivación del laudo?— 2.2. Evaluación judicial de la motivación.— 2.2.1. Supuesta justificación de la evaluación judicial.— 2.2.2. Evaluación de la motivación según cada pretensión.— 2.2.3. Anomalías de la motivación que generan la anulación del laudo. — 3. Aspectos procedimentales.— 3.1. Causales sobre las que se encausa el pedido de anulación.— 3.2. Alcance extensivo de la afectación. Anulación parcial o total del laudo.— 3.3. Consecuencias de la anulación del laudo en el procedimiento arbitral.— 4. ¿Qué gana la parte que logra la anulación del laudo por defectos en su motivación?— 4.1. Una clasificación funcionalista de los defectos de la motivación: defectos lógicos y defectos de insuficiencia.— 4.1.1. Defectos lógicos.— 4.1.2. Defectos de insuficiencia.— 4.2. Posibilidad de un resultado distinto en el nuevo laudo según el defecto en la motivación del laudo anulado.— 4.2.1. El caso del laudo anulado por un defecto lógico.— 4.2.2. El caso del laudo anulado por un defecto de insuficiencia.

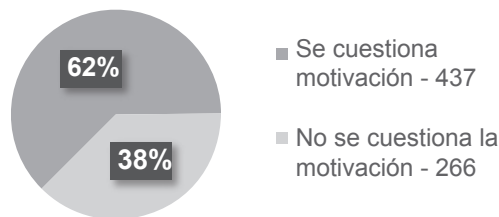
## 1. INTRODUCCIÓN

En el arbitraje comercial, la anulación del laudo por vulneración del derecho a la motivación, constituye un supuesto *sui generis*. Por un lado, el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, LA) no contempla tal caso como una causal de anulación. Más aún, el artículo 62.2<sup>1</sup> de la LA prohíbe a los jueces calificar las interpretaciones, moti-

<sup>1</sup> «Artículo 62.- Recurso de anulación.  
[...]

vaciones o criterios de los árbitros.<sup>2</sup> Por otro lado, la práctica judicial denota que, al 7 de enero de 2017, de las 703<sup>3</sup> sentencias de anulación de laudo expedidas bajo la vigente LA, en 437<sup>4</sup> (62,1%) se pide la anulación del laudo por temas relativos a su motivación. Es decir, el cuestionamiento de la motivación está presente en casi dos tercios de los casos de anulación procedentes.<sup>5</sup>

Proceso de anulación del laudo:  
% de casos procedentes en los  
que se analiza la motivación del laudo



2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral».

- <sup>2</sup> Esto tiene sentido porque evaluar la motivación no es más que una forma —encubierta e indirecta— de violar la competencia exclusiva de los árbitros para resolver la controversia. *Cfr.* BULLARD, Alfredo. «El control judicial del arbitraje». En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*. Lima: «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, vol. xx. 2012, p. 31. CANTUARIAS, Fernando. «La motivación del laudo arbitral». En *Revista de Economía y Derecho*, 2006, n.º 11, p. 70.
- <sup>3</sup> Información obtenida de <http://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resolucion-busqueda-especializada-superior.xhtml>. Número de casos reportados al 7 de enero de 2017. No se cuentan sentencias que declaran improcedente o inadmisibles a la demanda de anulación. Según tal web, ésta recopila todas las sentencias expedidas sobre anulación, sin excepción.
- <sup>4</sup> Información obtenida luego de realizar la sistematización y clasificación de sentencias a través de un programa de análisis de información estadística (SPSS).
- <sup>5</sup> No se cuenta con información disponible sobre el número total de demandas de anulación de laudo que son declaradas inadmisibles o improcedentes en un momento previo a la expedición de sentencia.

Es claro que la anulación del laudo por defectos en su motivación ha pasado a ser un supuesto de especial importancia, dada su frecuencia cuantitativa. Una «causal» no reconocida en la ley de arbitraje ha terminado siendo la más discutida ante los tribunales nacionales.

Más allá de la validez o no de esta nueva causal, lo cierto es que hoy el laudo puede anularse por defectos en su motivación. Así, los abogados que logran anular el laudo por afectación al derecho a la motivación pueden, entonces, celebrar su excelente jugada procesal. Porque claro, anular un laudo desfavorable es —parece— algo muy bueno.

Anulado el laudo, se tendrá que emitir uno nuevo. No obstante, que se deba expedir un nuevo laudo no es igual a lograr obtener una decisión final favorable al cliente. Aparecen aquí preguntas interesantes: ¿qué se gana al anular un laudo por problemas en su motivación? ¿Implica que los árbitros deberán resolver ahora en sentido distinto? ¿Los árbitros deben necesariamente cambiar su decisión bajo pena de nueva anulación?

Buscaremos resolver tales cuestiones. Para ello, (i) presentaremos primero ciertos presupuestos necesarios; (ii) expondremos aspectos procedimentales de la anulación por afectación del derecho a la motivación; y, especialmente, (iii) evaluaremos las consecuencias de la anulación del laudo para el nuevo laudo que deberán expedir los árbitros.

## 2. PRESUPUESTOS NECESARIOS

### 2.1. *¿Qué es la motivación del laudo?*

La motivación del laudo arbitral es la «expresión del razonamiento que enlaza los hechos alegados por las partes, las pretensiones ejercitadas, las pruebas practicadas, el derecho aplicable y la decisión del caso que

adopte el árbitro o tribunal arbitral».<sup>6</sup> Se trata de la presentación de las razones por las que los árbitros decidieron las controversias en un sentido específico.

Por regla general,<sup>7</sup> el laudo deberá estar motivado. Sobre ello, tenemos que (i) las partes cuentan con un derecho a un laudo motivado, y los árbitros tienen la obligación de motivar su laudo; y (ii) las partes pueden pactar que el laudo no esté motivado, toda vez que así lo reconoce la LA.<sup>8</sup> Así, en un trabajo previo afirmamos que la motivación del laudo es una prestación,<sup>9</sup> una más del haz de prestaciones que conforman la obligación de arbitrar.<sup>10</sup> Por ello, las partes pueden o no establecer dicha prestación según sus intereses.

Entonces, en sentido abstracto, el derecho a la motivación es un derecho crediticio disponible. Y su contenido es el que asigna la teoría de la argumentación jurídica a la resolución de casos —porque el árbitro justamente resuelve un caso—: la exposición de los hechos (premisas fácticas), el derecho (premisas normativas) y el razonamiento empleado sobre dichos elementos (silogismo).<sup>11</sup>

<sup>6</sup> «Laudo arbitral. Contenido y efectos». En MERINO, Juan (dir.). *Curso de derecho arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 200.

<sup>7</sup> El artículo 56.1 de la LA establece por defecto que el laudo deberá estar motivado, salvo pacto en contrario.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> RIVAS CASO, Gino. «La motivación de laudos en España. Análisis crítico de la regulación». En *Revista de Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, 2016, n.º 3, vol. IX, pp. 707-764.

<sup>10</sup> FOUCHARD, Phillippe. «Relationships between the Arbitrator and the Parties and the Arbitral Institution». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin. The Status of Arbitrator. Special Supplement*, 1995, pp. 12-13.

<sup>11</sup> MORENO, J.J., P.E. NAVARRO y M.C. REDONDO. «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial». En *Doxa Cuadernos de filosofía del derecho*, 1992, n.º 11, p. 257.

## 2.2. *Evaluación judicial de la motivación*

### 2.2.1. *Supuesta justificación de la evaluación judicial*

De manera contraria a nuestra posición —presentada en 2.1—, para la judicatura las partes en un arbitraje cuentan con un derecho a la «debida» motivación, concepto propio de la dinámica judicial. Esto se justifica en que el debido proceso y todas sus garantías son aplicables al arbitraje.<sup>12</sup> Por lo tanto, el derecho a la debida motivación judicial también está presente en sede arbitral, siendo la motivación del laudo una garantía del debido proceso.<sup>13</sup> Luego, bajo lo establecido en la duodécima disposición complementaria<sup>14</sup> de la ley de arbitraje y la sentencia sobre el expediente n.º 00142-2011-PA/TC,<sup>15</sup> la vulneración del derecho a la debida motivación justificaría la anulación del laudo.

Ahora bien, para la judicatura este examen de la motivación no involucra una revisión sobre el fondo de la controversia. En otras palabras, las cortes nacionales consideran que es posible revisar la motivación sin violar

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9.

<sup>13</sup> PALACIOS PAREJA, Enrique. «La motivación de los laudos y el recurso de anulación». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 4, p. 333.

<sup>14</sup> DUODÉCIMA.- Acciones de garantía.

«Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo».

<sup>15</sup> «20. [...]»

#### **Improcedencia del amparo arbitral**

- a) El **recurso de anulación** previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los **recursos de apelación y anulación** para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia».

la prohibición del artículo 62.2 de la LA. Así, los tribunales judiciales sostienen que se limitan a realizar una revisión «formal» de la motivación, no decidiendo sobre el fondo, sino limitándose a garantizar que las razones que sostienen la decisión arbitral hayan sido debidamente expuestas.<sup>16</sup>

Más allá de lo cuestionable que es afirmar que (i) en el arbitraje hay un derecho a la «debida motivación»;<sup>17</sup> y (ii) el examen de la motivación puede hacerse sin ingresar al fondo,<sup>18</sup> lo cierto es que el mismo es considerado válido por las cortes nacionales peruanas.

### *2.2.2. Evaluación de la motivación según cada pretensión*

Dijimos que la motivación del laudo consiste en la exposición de hechos, derecho y el razonamiento que subsume a los primeros dentro del segundo. Pues bien, la motivación puede ser «separada» según cada pretensión involucrada. Por ejemplo, en un arbitraje se plantean como pretensiones (i) la resolución de un contrato por incumplimiento; y (ii) la indemnización.

<sup>16</sup> Expediente n.º 164-2015, resolución n.º 9, 2.ª Sala Comercial, p. 6; expediente n.º 28-2015, resolución n.º 10, 2.ª Sala Comercial, p. 8; expediente n.º 136-2014, resolución n.º 7, 1.ª Sala Comercial, p. 6.; expediente n.º 7-2012, resolución n.º 8, 2.ª Sala Comercial, pp. 5-7; entre muchísimas otras. No obstante, debemos advertir que, en realidad, la fundamentación de estas sentencias es parcial y nada convincente. A nuestro juicio, la judicatura nunca llega a explicar cómo es que un análisis «formal» de la motivación no vulnera la competencia arbitral exclusiva para resolver el fondo.

<sup>17</sup> Esta equiparación entre derecho a la motivación en el arbitraje y derecho a la debida motivación es errada y contraproducente. Estamos frente a conceptos de naturaleza distinta (uno crediticio y disponible, el otro constitucional e indisponible), y con funciones diferentes (las funciones endoprocesal y extraprocesal, propias del derecho a la debida motivación, no tienen asidero en un arbitraje).

<sup>18</sup> Cuando un juez se mete a evaluar la motivación y anula el laudo por supuestos defectos en la misma, está descartando el razonamiento del árbitro y la forma en cómo decide exponerlo. Hay intervención sobre la resolución del fondo. Si un Mecenas le dice a un pintor que ha pintado mal y lo obliga a rehacer la obra, es evidente que este Mecenas está metiéndose en la libertad artística del pintor, en su «competencia» para decidir cómo pintar el cuadro. Ahora reemplacemos «Mecenas» por «juez», y «pintor» por «árbitro».

zación por daños y perjuicios. En tal sentido, el juez deberá resolver dos cuestiones distintas, y cada una involucra su respectiva exposición de hechos,<sup>19</sup> derecho y el razonamiento que integra tales elementos.

Entonces, en un laudo motivado, cada pretensión cuenta con su propia motivación individualizable.<sup>20</sup> Esta «individualización» de la motivación por pretensión es importante; por ejemplo, la motivación de la pretensión «A» puede ser correcta, pero la motivación de la pretensión «B» puede ser considerada defectuosa, por lo que la anulación del laudo sólo debería limitarse a la pretensión «B».

### *2.2.3. Anomalías de la motivación que generan la anulación del laudo*

¿Qué defectos en la motivación generan la anulación del laudo? Dada la imposición de la debida motivación al arbitraje, corresponde remitirse a lo desarrollado para ésta. Así, según el Tribunal Constitucional, son seis los supuestos que atentan contra el derecho a la debida motivación: (a) inexistencia de motivación/motivación aparente; (b) motivación insuficiente; (c) falta de motivación interna en el razonamiento; (d) deficiencias en la motivación externa; (e) motivación sustancialmente incongruente; y (f) motivaciones cualificadas.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Si bien, probablemente, el trasfondo y los hechos del caso sean los mismos para ambos problemas, es indiscutible que las premisas fácticas que aplicará el juez no serán idénticas para ambos. Si bien puede haber cierta base común en tales premisas (ej., se incumplió con las obligaciones del contrato, base sobre la que se solicita tanto la resolución del contrato como el resarcimiento), sobre tal base se añadirán aspectos propios para el problema específico en cuestión (ej., para el problema de la indemnización, se evaluará si hubo un nexo causal).

<sup>20</sup> La individualización de la motivación según pretensiones puede ser, a veces, dificultosa. Nada impide que el árbitro no se tome la molestia de separar la resolución de las controversias por capítulos/numerales, y proceda a resolver todas las pretensiones en un «mismo texto». En esos casos, y según la dificultad de separar la motivación, lo más adecuado podría ser presumir que la misma motivación aplica para todas las pretensiones.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el expediente n.º 00728-2008-PHC/TC, fundamento 7.

Ahora bien, en la práctica muchos de estos supuestos se superponen y abarcan más de un mismo caso. Así, la mejor manera de clasificarlos es a través de la teoría de la argumentación jurídica, la que los clasifica en dos categorías: (i) motivación con defectos en la justificación interna; y (ii) motivación con defectos en la justificación externa. A ellas hay que sumarles un supuesto más: (iii) la ausencia absoluta de motivación. Veamos cada una de éstas.

### *Ausencia absoluta de motivación*

Si el laudo carece en absoluto de exposición de las razones por las que se decidió en tal o cual sentido, es indiscutible que se está produciendo una afectación al derecho a la motivación. El laudo deberá ser anulado, a efectos de que los árbitros cumplan con expedir un nuevo laudo que contenga la exposición de las razones por las que llegaron a sus decisiones.

Este supuesto puede darse, bajo nuestro criterio, de tres formas distintas:

- *Motivación «en blanco»*. Si el laudo como documento no contiene ninguna parte en la que se expongan las razones, es evidente que hay ausencia absoluta de motivación. Ejemplo: laudo que describe las incidencias procedimentales del arbitraje, enumera las pretensiones y luego establece sus decisiones sobre las mismas. Ningún apartado dedicado a la motivación.
- *Motivación «prestada»*. Si el laudo recurre sólo a citas de doctrina y/o cita alegaciones de las partes sin hacer en absoluto análisis propio alguno, se está incurriendo también en ausencia absoluta de motivación. Así, ésta se produce «cuando el juez o el árbitro describe los hechos alegados por las partes sin analizarlos y los da por ciertos».<sup>22</sup> En este caso, más allá de que en el documento del laudo haya una parte titulada o nominada como «motivación», se está frente a una

<sup>22</sup> Expediente n.º 378-2011, resolución n.º 8, 2.ª Sala Comercial, p. 4.

ausencia absoluta de motivación porque el discurso no presenta el razonamiento de los árbitros.

Hacemos énfasis en que el supuesto deberá demostrar una total ausencia de exposición del razonamiento de los árbitros. Esto sólo se produce cuando la «motivación» se conforma total y exclusivamente por texto ajeno a la «propia cosecha» del tribunal arbitral.

- *Motivación impertinente.* Si la motivación del laudo versa sobre asuntos que, a todas luces, son ajenos a la controversia, se está produciendo un vacío absoluto en la motivación. Este supuesto —bastante inusual— se puede dar a través de un error o confusión en el contenido del documento (ej., el árbitro único confunde textos y adjunta a un laudo sobre un caso «A» la motivación de un caso «B» en el que también es árbitro).

Cabe señalar que éste es el único caso en el que se puede anular un laudo por problemas en su motivación sin intervenir o calificar el fondo. En efecto, los jueces no pueden calificar algo si ese algo no existe. Si no hay motivación en absoluto —y los árbitros tenían la obligación de motivar—, entonces los jueces pueden disponer la anulación del laudo sin violar la prohibición del artículo 62.2 de la LA.

#### *Motivación con defectos en la justificación interna*

Según la teoría de la argumentación jurídica, la justificación interna del razonamiento consiste en la validez y sentido lógico del razonamiento empleado al aplicar la norma sobre los hechos.<sup>23</sup> Así, un juez dice que «A» mató a «B» (hecho) y que matar a alguien genera una condena de cinco años de cárcel (norma), por lo que ordena cinco años de cárcel para «A». En este caso, el razonamiento subsume los hechos y las normas para llegar a una conclusión lógica.

---

<sup>23</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. «Legal decision and its justification». En *Logique et Analyse*, 1971, n.ºs 53-54, vol. XIV, p. 412.

Ahora bien, si el razonamiento lógico que presentan los árbitros al momento de subsumir los hechos bajo las normas aplicables vulnera los principios de la lógica formal, se produce un supuesto de motivación con justificación interna defectuosa. El defecto lógico se produce cuando el razonamiento vulnera a alguno de los principios más básicos de la lógica formal: principio de identidad, principio de no contradicción y principio de tercero excluido.<sup>24</sup> En general, si el razonamiento es errado en sentido lógico-formal, se estará frente a una justificación interna defectuosa.

### *Motivación con defectos en la justificación externa*

Según la teoría de la argumentación jurídica, la justificación externa versa sobre el sustento de las premisas empleadas.<sup>25</sup> Así, si los árbitros determinan que se produjo el hecho «A», debe haber un fundamento para tal afirmación; o si los árbitros dictaminan que la norma «B» es la aplicable, también debe haber un fundamento para ello. En otras palabras, las premisas que se emplean, sean fácticas (hechos) o normativas (normas) deben contar con un fundamento que denote las razones por las que tales premisas son consideradas válidas.

En esa línea, las anomalías en la justificación externa que derivan en la anulación del laudo son las siguientes:

- *Justificación externa inexistente.* Alguna premisa que emplea el tribunal carece de sustento. En otras palabras, los árbitros fijan determinada premisa pero no explican por qué aquella es la elegida. Ejemplo, en una controversia sobre inejecución de obligaciones, el juez afirma que la obligación no pudo ejecutarse debido a fuerza mayor; mas no obstante, no explica cómo es que concluye que se produjo tal fenómeno.

---

<sup>24</sup> WONG, Julio. «La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo: una revisión de la jurisprudencia de la subespecialidad comercial». Lima: Jurista Editores. 2013, p. 112.

<sup>25</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Op. cit.*, p. 412.

Esta evaluación de premisas sin sustentar constituye un análisis muy subjetivo. Lo que para uno puede ser una premisa sin sustento, para otro puede ser una premisa sustentada de manera «implícita» o escueta, lo que incluso puede estar justificado dada su obviedad. Inclusive, uno podría alegar que determinada premisa no tiene sustento toda vez que su validez es obvia e indiscutible, pudiendo constituir un «pronunciamiento implícito».<sup>26</sup>

- *Justificación externa ilógica formal.* En este caso, el sustento de alguna premisa es ilógico en sentido formal. En línea similar a los defectos en la justificación interna, esto se produce cuando se vulneran reglas de la lógica formal.

Ejemplo, en un laudo el árbitro afirma que «Si el contrato es de compraventa, entonces existe una transferencia de propiedad. En el presente caso, el contrato no es de compraventa, sino de donación; por lo tanto, no hay transferencia de propiedad». En este caso, el árbitro incurre en una falla lógico-formal. Es un error señalar que si  $P \rightarrow Q$ , entonces necesariamente  $\neg P \rightarrow \neg Q$ . Que un contrato de compraventa constituya un supuesto de transferencia de propiedad no significa que necesariamente cualquier otra clase de contrato no puede lograr también transferir propiedad.

#### *La necesaria materialidad de la anomalía*

Finalmente, en cualquier caso —motivación inexistente, con justificación interna defectuosa o con justificación externa defectuosa—, para que el laudo se anule la anomalía en la motivación debe ser *material*. Esto porque no cualquier defecto en la motivación constituye automáticamente una vulneración al derecho a la debida motivación.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> NIEVA FENOLL, Jordi. «La cosa juzgada». Barcelona: Atelier, 2006, p. 191.

<sup>27</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el expediente n.º 00896-2009-PHC/TC, fundamento 7.

Ahora bien, la materialidad se da por descontada para el caso de la motivación absolutamente inexistente; a fin de cuentas, si no hay en absoluto motivación, es clarísimo que se produce una afectación al derecho a la motivación. Pero, por otra parte, los defectos en la justificación interna y/o externa no necesariamente serán materiales; por lo que debe tenerse especial cuidado en evaluar si el defecto es efectivamente material.

¿Cómo se determina si la anomalía en la motivación es material o no? En líneas generales, se trata de verificar si el defecto constituye una lesión grave para la integridad y validez del discurso argumentativo presentado por los árbitros como motivación. Si la motivación del laudo tiene como función la de hacer entender a las partes por qué se decidió de tal manera,<sup>28</sup> entonces, la anomalía de la motivación será material cuando la misma impida que las partes puedan leer un discurso claro, completo, razonable e integral.

En conclusión, la anulación del laudo se producirá cuando, respecto a una o más pretensiones, (i) la motivación sea absolutamente inexistente, (ii) la motivación incurra en un error lógico al aplicar el derecho sobre los hechos (defectos en la justificación interna); o (iii) la motivación presente premisas que carecen de sustento o tienen un sustento ilógico (defectos en la justificación externa).

---

<sup>28</sup> SCHLAEPFER, Anne y Anne-Carole CREMADES. «La motivación de los laudos en arbitraje comercial internacional y en arbitraje de inversión». En SOTO COAGUILA, Carlos y Delia REVOREDO MARSANO DE MUR (coords.). *Arbitraje internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013, tomo II, p. 1421.

### 3. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

#### 3.1. *Causales sobre las que se encauza el pedido de anulación*

En sentido estricto, la LA no reconoce a la vulneración del derecho a la motivación como causal de anulación del laudo.<sup>29</sup> En la práctica, no obstante, tal supuesto se ha encauzado bajo dos causales distintas de la LA: la causal del artículo 63.1, literal b), y la causal del artículo 63.1, literal c). Veamos:

[L]a denuncia de vicio de motivación puede sustentar una pretensión nulificante del laudo basada en la causal b) del artículo 63 de la LA, como afectación del debido proceso, pero también basada en la causal c) relativa al incumplimiento de las reglas arbitrales, en tanto se trate de un laudo emitido en arbitraje nacional que, sea por aplicación de las reglas pactadas por las partes —directamente o por remisión a un reglamento arbitral— sea por aplicación subsidiaria del artículo 56 de la LA, deba ser motivado.<sup>30</sup>

Así, el encauzamiento se da por las siguientes razones:

- En cuanto al artículo 63.1, b), éste establece que se puede solicitar la anulación del laudo cuando una de las partes no ha podido «hacer valer sus derechos». Así, si los árbitros estaban obligados a motivar el laudo, existe un derecho a la (debida) motivación a favor de las partes; y, por lo tanto, éstas pueden reclamar ello «como una afectación que impide hacer valer sus derechos».<sup>31</sup>
- En cuanto al artículo 63.1, c), éste establece que se puede solicitar la anulación del laudo cuando las actuaciones arbitrales «no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento

<sup>29</sup> La situación va en dirección contraria. El artículo 62.2 de la LA prohíbe a los jueces calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones realizadas por el tribunal.

<sup>30</sup> Expedientes n.ºs 200-2014 y 206-2014, resolución n.º 28, 2.ª Sala Comercial, p. 20.

<sup>31</sup> Expediente n.º 70-2015, resolución n.º 8, 2.ª Sala Comercial, p. 10.

arbitral aplicable, [...] o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este decreto legislativo». Así, se cubriría aquí cualquier supuesto en el que «la motivación del laudo constituya una regla del arbitraje en concreto»,<sup>32</sup> regla establecida por las partes, el reglamento por la LA. En tal caso, la actuación arbitral no se habría ajustado a alguno de los referidos aspectos mencionados (acuerdo de partes, consignación en reglamento o en LA).

### ***3.2. Alcance extensivo de la afectación. Anulación parcial o total del laudo***

Según expusimos en 2.2.2, la motivación puede individualizarse en función a cada pretensión, lo que resulta útil al momento de delimitar el alcance del defecto en la motivación. Así, por ejemplo, es posible que la motivación de la primera pretensión sea considerada defectuosa; no obstante, tal vicio no alcanzaría a la motivación de la segunda pretensión, por lo que ésta se mantendría válida.

Ello es importante para determinar si el defecto en la motivación anula todo el o sólo parte del laudo. Así, no necesariamente el defecto en la motivación invalida todas las decisiones de fondo contenidas en el laudo. Para determinar con exactitud qué decisiones se afectan y qué decisiones no, basta evaluar en qué motivación —individualizada para cada pretensión— se encuentra el defecto. Por ejemplo, si el defecto está en la motivación de la primera pretensión principal, solo las decisiones sobre tal pretensión se verían invalidadas.<sup>33</sup>

En síntesis, si se evalúa la motivación del laudo y se encuentran anomalías, debe cuidarse de delimitar qué parte del laudo se ve afectada. En tal sentido, pueden darse dos supuestos:

---

<sup>32</sup> *Ibidem.*

<sup>33</sup> En adición, naturalmente, a las decisiones de las pretensiones accesorias o condicionadas que dependan de la mencionada pretensión principal.

- *Afectación parcial.* En este caso, las anomalías en la motivación alcanzarían a una o más pretensiones, pero no a todas. En estos casos, el laudo se anularía de manera parcial. Por lo tanto, los árbitros deberán reformular la motivación sólo para las pretensiones que se vieron afectadas.

Ejemplo. Laudo arbitral que resuelve dos pretensiones: la declaratoria de invalidez de la resolución del contrato; y el pago de daños y perjuicios. Si, por ejemplo, no hay motivación en absoluto para la segunda pretensión (lo que calificaría como «inexistencia de motivación»), tal anomalía no afectaría validez de la primera pretensión.

- *Afectación total.* En este caso, las anomalías de la motivación alcanzan a todas las pretensiones. Esto, sea porque (i) hay vicios individualizables para las motivaciones de todas las pretensiones; o (ii) el vicio altera/afecta a todas las pretensiones. Aquí el laudo se anularía de manera total. Por lo tanto, los árbitros deberán construir de nuevo toda la motivación para la controversia.

### ***3.3. Consecuencias de la anulación del laudo en el procedimiento arbitral***

Nuestra LA ha establecido los pasos a seguir luego de la anulación del laudo. Así, para las causales de los literales b) y c) del artículo 63.1 de la LA —causales por las que se encausa el cuestionamiento a la motivación del laudo—, el artículo 65.1<sup>34</sup> establece que, anulado el laudo, se

<sup>34</sup> Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.

«1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

[...]

- b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.
- c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros

deben reanudar las actuaciones arbitrales desde el momento en que se produjo la situación anómala.

Entonces, ¿en qué punto deben reanudarse las actuaciones arbitrales luego de producirse una anulación del laudo por defectos en su motivación? Dado que la anomalía recién se produjo en el laudo, las actuaciones arbitrales hasta el punto inmediatamente anterior a éste son válidas. Por lo tanto, en sentido estricto la reanudación consistiría en volver a emitir un laudo.<sup>35</sup> En otras palabras, devuelto el expediente arbitral<sup>36</sup> al tribunal arbitral, éste debería reunirse para deliberar y expedir un nuevo laudo.

No obstante, lo ideal pasa por realizar algunas actuaciones arbitrales adicionales, a efectos de evitar cualquier posibilidad de que se anule otra vez el laudo —esta vez por afectación a los derechos de las partes en el desarrollo de las actuaciones arbitrales—. Así, en específico:

- Se debería convocar a una audiencia de reinstalación del tribunal arbitral. Naturalmente, luego de expedido el laudo previo —incluyendo las respuestas a los pedidos de rectificación, interpretación, integración y exclusión, si se hubiesen planteado éstos— el tribunal arbitral cesa en funciones y se «disuelve». Por lo tanto, resulta razonable que el tribunal arbitral se reinstale de nuevo. Esto, asimismo, sirve para delimitar y fijar cualquier aspecto que pudiera ser materia de controversia en cuanto a la expedición del nuevo laudo (ej., el plazo para emitir nuevo laudo).

---

o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable».

<sup>35</sup> Cabe precisar que si la anulación del laudo fue parcial, el nuevo laudo se limitará a pronunciarse sobre las pretensiones cuyas decisiones fueron anuladas en el laudo inicial.

<sup>36</sup> En la práctica judicial, los tribunales nacionales solicitan el expediente arbitral al momento de conocer cuestiones relativas a la anulación del laudo.

- Si el tribunal arbitral lo considera conveniente, y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la *expedición* del primer laudo y la anulación del mismo, se podría convocar a una audiencia de ilustración complementaria. En ésta, las partes sintetizarían sus posiciones, a efectos de lograr que el tribunal arbitral pueda «sumergirse» de nuevo en la materia controvertida.
- Finalmente, el tribunal arbitral deliberará y expedirá el nuevo laudo.

Por contrapartida, las cosas que no deberían realizarse so pretexto de reanudar las actuaciones debido a un laudo anulado por defectos en su motivación son las siguientes:

- *Ofrecimiento, admisión o actuación de pruebas* (ej., audiencias de sustentación pericial). La reanudación de las actuaciones no afecta el hecho de que la fase de instrucción se llevó de manera correcta y se cerró sin mayor incidencia.
- *Designación de nuevos árbitros*. La anulación del laudo por defectos en su motivación no resulta en modo alguno argumento suficiente para que se designen nuevos árbitros. Alegar que los árbitros ya están inclinados hacia una posición (la expuesta en el laudo anulado) no justifica en absoluto que éstos deban renunciar. Asimismo, según el artículo 29.<sup>37</sup> de la LA, no procede recusación una vez iniciado el plazo para emitir laudo.

---

<sup>37</sup> «Artículo 29.- Procedimiento de recusación.

[...]

3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia».

En síntesis, la reanudación de las actuaciones arbitrales luego de anulado el laudo por anomalías en su motivación pasa, en sentido estricto, por expedir un nuevo laudo. Esto, porque en sí todas las actuaciones arbitrales anteriores a la expedición del laudo fueron válidas. No obstante, resulta adecuado realizar (i) una audiencia de reinstalación del tribunal arbitral; y (ii) una audiencia de ilustración complementaria, para que los árbitros puedan volver a tomar cercanía con el caso.

#### 4. ¿QUÉ GANA LA PARTE QUE LOGRA LA ANULACIÓN DEL LAUDO POR DEFECTOS EN SU MOTIVACIÓN?

Mencionamos que la anulación de un laudo por defectos en su motivación puede considerarse una victoria para la parte que persiguió la anulación. A fin de cuentas, el laudo contrario a los intereses de la parte que demandó su anulación ha sido declarado inválido, por lo que ya no deben cumplirse sus disposiciones resolutivas.

No obstante, ¿la anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación implica que el nuevo laudo deba resolver en un sentido distinto? Esta pregunta es muy importante porque, en la práctica, muchas —todas— anulaciones se solicitan con el fin —subrepticio o evidente según la pericia de los abogados litigantes— de lograr que al final del día se obtenga un laudo con decisiones distintas a las contenidas en el laudo que se busca anular. En este punto, traemos una afirmación esencial:

La anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación no significa que automáticamente la parte resolutive del nuevo laudo será diferente a la del laudo anulado.

La anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación en modo alguno constituye un mecanismo cuyo empleo exitoso permita necesariamente «corregir» o «rectificar» las decisiones arbitrales que ponen fin a la controversia.

Veamos esto con el caso más «fuerte» de afectación al derecho a la motivación: el laudo que carece absolutamente de motivación.<sup>38</sup> Supongamos que en un caso de responsabilidad civil el laudo dispone que «A» pague a «B» la suma de US\$ 21'342,000.00, pero tal decisión no tiene motivación alguna. Posteriormente, se logra anular el laudo por afectación del derecho a la motivación, lo que deriva en que los árbitros deban expedir un nuevo laudo.

¿La anulación del laudo implica que ahora los árbitros ya no puedan resolver que «A» es responsable por daños generados a «B» ascendentes a una suma aproximada de US\$ 20 millones? La respuesta es negativa. Es evidente que los árbitros podrían mantener su decisión si es que la consideran correcta y exponen las razones por las que llegaron a la misma. En términos simples, en el nuevo laudo los árbitros llegarán a la misma decisión, pero ahora sí exponiendo la motivación para la misma.

La anulación del laudo por anomalías en la motivación, entonces, no genera automáticamente que la decisión de los árbitros para la controversia sea inválida y que deba plantearse otra. Lo que produce tal anulación es la reformulación de alguna parte de la motivación (o de toda, para el caso de motivación inexistente), pero ello no condiciona la libertad de los árbitros a determinar el resultado final para la controversia, pudiendo, incluso, persistir con el resultado consignado en el laudo anulado.

Ahora bien, en algunos casos sí es posible —aunque poco probable, como veremos a continuación— que la anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación derive en que el nuevo laudo termine modificando aspectos de su parte resolutive. Para desarrollar esto, primero (i) dividiremos a los defectos en la motivación de una manera funcionalista; y luego (ii) expondremos qué eventuales consecuencias puede traer la anulación del laudo según el tipo de defecto.

---

<sup>38</sup> Naturalmente, si las partes pactaron que el laudo no deba estar motivado, no se habrá producido vulneración alguna.

#### ***4.1. Una clasificación funcionalista de los defectos de la motivación: defectos lógicos y defectos de insuficiencia***

Vimos que bajo la teoría de la argumentación jurídica los defectos en la motivación pueden clasificarse según si éstos se enmarcan en la justificación interna o en la justificación externa. Pues bien, más allá de tal clasificación —pero, sin ir en contra de ella—, podemos aquí diferenciar a los defectos en la motivación en dos categorías:

- *Defectos lógicos.* Anomalías que atentan contra las reglas de la lógica formal.
- *Defectos de insuficiencia.* Ausencia de sustento para alguna de las premisas empleadas.

Aquí estamos dejando fuera a la motivación absolutamente inexistente porque la consecuencia en tal caso es clara: debe construirse una motivación desde cero. La situación es distinta en los casos en que hay motivación, pero ésta adolece de defectos, porque la motivación sólo debe reformularse en cuanto a las partes afectadas por los defectos. Por lo tanto, el análisis aquí se limita a los supuestos en los que sí hay una motivación, pero ésta se considera defectuosa.<sup>39</sup>

##### ***4.1.1. Defectos lógicos***

###### *Defectos lógicos. Definición*

Los defectos lógicos son aquellas anomalías en la motivación que revelan errores en la aplicación del razonamiento lógico-jurídico. Estamos, pues, frente a un razonamiento incongruente, que transige las reglas de la lógica formal. En sentido estricto, los aquí denominados defectos

---

<sup>39</sup> Y en último caso, según vimos, si hay ausencia absoluta de motivación, la consecuencia es que los árbitros deberán motivar el nuevo laudo a expedir. Es obvio que la libertad de motivar será total.

lógicos abarcan a (i) los defectos en la justificación interna; y a (ii) la justificación externa ilógica. En ambos casos, se produce un error lógico que daña el hilo argumentativo.

Ahora bien, para este tema la jurisprudencia se enfoca en el principio de no contradicción. Este principio significa que «una cosa no puede ser y no ser a la vez»,<sup>40</sup> y en diferentes casos<sup>41</sup> la judicatura ha evaluado que el laudo no sufra de «rupturas de logicidad en el razonamiento del tribunal arbitral».<sup>42</sup>

Así, el laudo se anulará si «el tribunal arbitral afirma y niega un mismo hecho de modo tal que no es posible entender cuál es el verdadero sentido de la decisión».<sup>43</sup> En términos simples, si se afirma «A» y luego se rechaza «A», habrá una contradicción en la motivación. Veamos un caso concreto:

En efecto, del razonamiento expresado en el laudo, se aprecia que es incongruente, dado que el tribunal arbitral se faculta cuantificar el derecho a indemnización, en mérito a lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil (véase considerando séptimo y octavo del laudo arbitral respecto al sexto punto controvertido), para luego de analizarlo y expresar que éste no estaba acreditado, decide otorgarlo, pero que no es posible su cuantificación.

Bajo este orden de ideas, se concluye que los argumentos del laudo son contradictorios, evidenciándose que la motivación del laudo no es compatible con las exigencias del artículo 139, inciso 3 de la Constitución, al no contener las razones jurídicas congruencias mínimas entre sí. En efecto, la incongruencia en

<sup>40</sup> Expediente n.º 378-2011, resolución n.º 38, 2.ª Sala Comercial, p. 34.

<sup>41</sup> Expediente n.º 250-2016, resolución n.º 8, 1.ª Sala Comercial; expediente n.º 18-2015, resolución n.º 8, 1.ª Sala Comercial; expediente n.º 375-2013, resolución n.º 7, 1.ª Sala Comercial; expediente n.º 203-2015, resolución n.º 8, 1.ª Sala Comercial; expediente n.º 150-2015, resolución n.º 8, 1.ª Sala Comercial; expediente n.º 143-2015, resolución n.º 9, 2.ª Sala Comercial.

<sup>42</sup> Expediente n.º 203-2015, resolución n.º 8, 1.ª Sala Comercial, p. 17.

<sup>43</sup> Expediente n.º 250-2016, resolución n.º 8, 1.ª Sala Comercial, p. 6.

la motivación no se compadece con el respeto a este principio constitucional.<sup>44</sup>

En el mencionado caso, los árbitros señalaron que el artículo 1332 les facultaba a determinar el monto de la indemnización; para luego señalar que no era viable para ellos realizar tal cuantificación. Es claro, pues, que hay una contradicción.

Finalmente, cabe precisar que la contradicción puede «ubicarse» de diferentes maneras. Así, puede haber contradicción entre (i) argumentos de la motivación de una misma pretensión; (ii) la motivación de una pretensión y la motivación de otra pretensión; o (iii) la motivación (parte considerativa) y la decisión del laudo (parte resolutive).

#### *¿Qué de especial tienen los defectos lógicos?*

Los defectos lógicos se caracterizan por el hecho de que su detección involucra el empleo de principios axiomáticos de la lógica. En otras palabras —aun cuando el examen de la motivación siempre es subjetivo—<sup>45</sup> concurren criterios objetivos, establecidos por la lógica formal, para hallar a esta clase de errores.

La presencia de criterios objetivos en los cuales apoyar la afirmación de que la motivación adolece de un defecto, asigna mayor peso y solidez

<sup>44</sup> Expediente n.º 150-2015, resolución n.º 8, 1.ª Sala Comercial, p. 18.

<sup>45</sup> El examen de logicidad sobre la motivación involucra siempre un componente subjetivo. Esto porque (i) la abstracción del discurso en lenguaje lógico involucra una valoración subjetiva de los elementos que se analizan y abstraen; y (ii) el defecto lógico debe ser material para constituirse como una afectación al derecho a la motivación. Si el defecto lógico es nimio (ej., el tribunal concluye que los daños ascienden a US\$ 3'500,000.30; y el tribunal arbitral ordena luego el pago de US\$ 3'500,000.10), su presencia no justificará la anulación del laudo. ¿Quién define si el defecto lógico es relevante o no? Los jueces. Y tal definición será, en la mayoría de los casos, subjetiva, puesto que lo que para uno puede ser un defecto lógico sustancial, para otro puede constituir un defecto lógico mínimo e irrelevante.

a tal afirmación. Hablar de errores lógicos en una motivación sea más sólido y tangible que, por ejemplo, alegar que la motivación no sustentó tal o cual premisa.

#### 4.1.2. Defectos de insuficiencia

¿Qué son los “defectos de insuficiencia”?

En términos simples, los defectos de insuficiencia son aquellas anomalías en el discurso argumentativo de la motivación por ausencia de sustento de alguna afirmación considerada pertinente, relevante o crítica para la decisión. En otras palabras, se dan cuando una parte de la motivación presenta o da por sentada cierta afirmación sin sustentarla de manera «adecuada» o «suficiente». En sentido estricto, los aquí denominados defectos de insuficiencia encuadrarían como supuestos de justificación externa inexistente.

En función a la jurisprudencia, consideramos que hay dos supuestos claros de motivación con defectos de insuficiencia:

- *Motivación «insuficiente» a secas.* Se trata de aquellos casos en los que el tribunal arbitral realiza alguna afirmación sin sustentarla.

Un ejemplo: en un laudo, el tribunal arbitral ordena al pago de US\$ 5'342,134.80 sin exponer cómo llegó a tal cifra. En este caso, podría afirmarse que hay un «vacío» en cuanto a sustentar por qué el tribunal arbitral llegó a la referida cifra y no a otra.

- *Motivación que no absuelve en absoluto los argumentos de una parte.* La motivación también tendrá un defecto de insuficiencia cuando no responda a los argumentos de una o ambas partes del arbitraje.<sup>46</sup> Veamos:

<sup>46</sup> Expediente n.º 86-2014, resolución n.º 7, 2.ª Sala Comercial; expediente n.º 34-2012, resolución n.º 8, 2.ª Sala Comercial; expediente n.º 36-2015, resolución n.º 12, 1.ª Sala Comercial; entre otros.

Así, como puede advertirse, el laudo **no contiene la exposición de ningún análisis**, acto valorativo ni razón de parte del árbitro único, **respecto de las observaciones formuladas por la Entidad** y que se glosan en el mismo laudo, respecto de las cuales únicamente se expresa con no disimulada pretensión apodíctica que tales observaciones «no están debidamente acreditadas», lo cual, aseverado en esos términos absolutos y sin referencia objetiva a ninguna prueba ofrecida y actuada, no puede ser objeto de crítica, verificación según lo actuado en el proceso arbitral ni —por ende— validado o cuestionado, por lo que tal fórmula dista mucho de satisfacer el estándar constitucional de la debida motivación [...].<sup>47</sup> (El énfasis es nuestro).

Esto también aplica para cuando la motivación no absuelve los medios probatorios de alguna de las partes. Así:

De la lectura del fundamento III.1 del citado laudo aparece que en efecto, se limita a efectuar una enumeración de cada uno de los medios probatorios aportados por el demandante; **pero el árbitro no analiza ni expresa las razones porqué [sic] los aludidos medios probatorios no le generan convicción de la existencia de una deuda a favor del recurrente**, respaldando únicamente su decisión en la mera invocación del artículo 177 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, omitiendo que a todas luces vulnera el derecho de defensa, generando obviamente la nulidad del laudo que debe ser declarada.<sup>48</sup>

En síntesis, si el laudo no expone las razones de alguna parte importante para el análisis del caso, o no expresa cómo ciertos argumentos o pruebas no logran «convencerlo», entonces, se incurrirá en una motivación afectada por «insuficiencia».

<sup>47</sup> Expediente n.º 86-2014, resolución n.º 7, 2.ª Sala Comercial, p. 9.

<sup>48</sup> Expediente n.º 7-2012, resolución n.º 8, 2.ª Sala Comercial, p. 8.

*¿Qué de especial tienen los defectos de insuficiencia?*

Vimos que para los defectos lógicos el examen y detección debe sustentarse en principios fundamentales de la lógica. Esto no sucede para los defectos de insuficiencia, aquí el examen y sustento es puramente subjetivo: una motivación adolece de un defecto de insuficiencia porque alguien considera que alguna afirmación o sector de la motivación carece de los fundamentos suficientes para ser considerada como satisfactoria.

En otras palabras, examinar la suficiencia de la motivación —búsqueda de defectos de insuficiencia— constituye, en todos los casos, un examen subjetivo. Esto se debe a que definir si tal o cual aspecto de la argumentación es «insuficiente», constituye una afirmación subjetiva. Así, lo que para uno debe ser una premisa extensivamente sustentada, para otro sólo es una obviedad que no requiere mayor desarrollo.

#### ***4.2. Posibilidad de un resultado distinto en el nuevo laudo según el defecto en la motivación del laudo anulado***

Según expusimos, la anulación del laudo por afectación del derecho a la motivación no implica que automáticamente la parte resolutive del laudo anulado sea incorrecta y necesariamente deba cambiarse. En realidad, la situación es bastante diferente:

En general, lo más probable es que el resultado del laudo anulado por afectación al derecho a la motivación, se mantenga en el nuevo laudo.
---

La anulación de un laudo por afectación del derecho a la motivación no constituye una puerta mágica a través de la cual se logre modificar la decisión de los árbitros. La realidad es que lo único que se logra es que los árbitros deban reformular su exposición de los motivos por los que llegaron a su decisión.

Naturalmente, en el ejercicio de reformular la exposición de motivos es posible que el razonamiento de los árbitros cambie y con ello quizá la decisión final pueda verse modificada. No obstante, esto en realidad constituye la excepción, y no la regla general.

Ahora, si bien la probabilidad de que la decisión del laudo cambie es en general baja, ésta varía según si el defecto en la motivación por el que se anuló el laudo es (i) lógico; o (ii) de insuficiencia.

#### *4.2.1. El caso del laudo anulado por un defecto lógico*

Si el laudo se anuló por un defecto lógico, en la reformulación de la motivación tal defecto deberá corregirse porque, de lo contrario, el laudo volverá a ser anulado. Pues bien, esta subsanación del defecto lógico genera una rectificación en el discurso de los árbitros, lo que puede derivar en un cambio en las decisiones finales que tomaron los árbitros para resolver el caso.

Tenemos que la subsanación de un error lógico involucra una modificación en el discurso presentado por los árbitros, lo que potencialmente podría generar un cambio material en la parte resolutive del laudo. La razón de esto radica en que un defecto lógico en el razonamiento distorsiona el camino que sigue el razonamiento. Veamos un ejemplo:

En un caso de indemnización, el tribunal concluyó que, en los hechos, «A» generó daños patrimoniales a «B» por US\$ 8'500,000.00 debidamente acreditados; y que, en el derecho, aquél que daña a otro está obligado a indemnizarlo por el valor del patrimonio afectado —siempre que se verifique la antijuridicidad, el nexo causal, el factor de atribución y el daño—. Sobre ello, el tribunal falla y ordena que se pague a «B» US\$ 5'000,000.00.

En este caso, el error lógico es simple y fácil de notar: si se concluyó un valor «X» de daños, y se debe indemnizar por el valor equivalente a

«X», entonces, es incongruente que se ordene una indemnización menor a esa cifra. La corrección del error lógico, por consiguiente, tendrá palpables efectos en lo decidido, puesto que al corregirse el error, el monto indemnizado pasará de US\$ 5'000,000.00 a 8'500,000.00.

Debemos resaltar, no obstante, que no siempre un error lógico derivará en que al corregirse el mismo, la respuesta final cambie. Así, recordemos el siguiente ejemplo:

Si el contrato es de compraventa, entonces, existe una transferencia de propiedad. En el presente caso, el contrato no es de compraventa, sino de donación; por lo tanto, no hay transferencia de propiedad.

Esta inferencia es inválida, según vimos, desde la lógica es un error señalar que si  $P \rightarrow Q$ , entonces necesariamente  $\sim P \rightarrow \sim Q$ .

En el caso, es evidente que existe un error lógico. Su corrección, asimismo, derivará en que se acepte que un contrato de donación sí produce transferencia de derechos. No obstante, ello no finaliza la discusión en el eventual caso específico. Aceptado que el contrato de donación produce transferencia de derechos, los árbitros deberán proceder a evaluar si el contrato específico analizado contiene realmente una donación, o si por el contrario esconde un negocio jurídico distinto que no implique transferencia de derechos.

En última instancia, podría ser que el contrato de «donación» escondiese un negocio jurídico distinto en el que no hay transferencia de derechos. Entonces, la conclusión sería la misma que la que se obtuvo con error lógico incluido: «no hubo transferencia de propiedad».

Los errores lógicos destacan por el hecho de que su corrección conlleva una rectificación en la ilación argumentativa de la motivación. Esto, a su vez, *podría* tener como consecuencia que se modifiquen las

decisiones finales tomadas para la solución del conflicto (parte resolutoria del laudo).

En última instancia, la posibilidad de que la rectificación del error lógico que afectó el laudo anulado derive en que el nuevo laudo varíe en su parte resolutoria, depende del caso concreto. Un estudio integral de la motivación y de la ubicación del error lógico en la misma permitirá, para cada caso, determinar cuán posible es que, si se logra la anulación del laudo, el nuevo laudo tenga una decisión distinta a la previa.

#### *4.2.2. El caso del laudo anulado por un defecto de insuficiencia*

Si el laudo se anuló por un defecto de insuficiencia, la reformulación de la motivación del laudo se dirigirá no a modificar la ilación argumentativa, sino a suplir un vacío en cuanto al sustento de la parte que se consideró insuficientemente motivada. Así, el nuevo laudo se dirigirá a exponer mayores fundamentos, no a modificar los ya expuestos.

En otras palabras, la corrección de un defecto de insuficiencia no generaría la modificación del resultado del laudo, sino que sólo derivaría en exponer más exhaustivamente la validez de determinada sección de la motivación. La línea argumentativa no se vería afectada.

Imaginemos aquí a la motivación con defecto de insuficiencia como una pintura de una flor con un defecto en el pintado: la flor es toda roja, salvo una parte en la que el pintor dejó el lienzo sin pintura. En otras palabras, hay una parte del lienzo vacía de color, pero rodeada de color rojo. Veamos:<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> Esta imagen está libre de derechos de autor. Verificable en: <http://www.reusableart.com/christmas-poinsettia.html>.



En este caso, luego de anulado tal laudo, el nuevo laudo deberá exponer argumentos que llenen el «vacío» de la motivación del laudo anterior. Siguiendo el ejemplo de la pintura de la flor, esto equivale a pintar la parte del lienzo que estaba en blanco. ¿Qué color cree usted que se empleará para cubrir la parte en blanco? El sentido común dicta que será rojo. Así:



Y claro, no podemos descartar que quizá el vacío se rellene con un color distinto. Siguiendo el ejemplo de la pintura, pudiera ser que en el espacio vacío se dibuje una abeja de color amarillo. No obstante, es claro que lo más probable es que el vacío se rellene en armonía con el contexto que está en rededor.

¿Qué buscamos demostrar con esta analogía? Simple: en la mayor parte de los casos, el llenado del «vacío» argumentativo irá en el mismo

sentido que la línea argumentativa ya planteada en el laudo anulado. En algunos casos el vacío podrá exponer algo nuevo o distinto a las afirmaciones previamente realizadas, pero ello constituye la excepción y no la regla.

Cabe destacar que los árbitros no pueden modificar aquellas partes no afectadas por el vacío argumentativo. Así, en un caso en que la judicatura anuló un laudo por considerar insuficiente la motivación del monto indemnizatorio, el tribunal arbitral modificó en el nuevo laudo tal monto. Frente a ello, la judicatura se pronunció de nuevo, señalando lo siguiente:

El laudo *sub litis* se ha apartado de lo ordenado en la sentencia dictada en el expediente n.º 254-2011, pues termina revocando el monto indemnizatorio sin que ello haya sido sugerido ni contemplado en dicha sentencia, la misma que sólo ordenó que se cumpla con exponer las razones que justifican el *quantum* indemnizatorio, tal como lo entendió el mismo tribunal que dictó el laudo *sub litis*.<sup>50</sup>

Por todo lo señalado, al momento de evaluar solicitar la anulación del laudo por afectación al derecho a la motivación, la parte interesada deberá tener cuidado en determinar si tal afectación se produce por un defecto de insuficiencia. En caso fuese así, deberá evaluar de manera completa e integral el defecto, a efectos de evaluar si hay alguna probabilidad considerable de que —suponiendo que, efectivamente, el laudo se anule— la argumentación pendiente de completar genere un cambio en las decisiones de los árbitros.

En síntesis, las consecuencias de un defecto lógico y de un defecto de insuficiencia pueden ilustrarse de la siguiente manera.

---

<sup>50</sup> Expediente n.º 256-2014, resolución n.º 9, 1.ª Sala Comercial, p. 9.

	<b>Impacto en la motivación</b>	<b>Consecuencia en el resultado del nuevo laudo</b>
<b>Defecto lógico</b>	Una sección del razonamiento debe rectificarse debido al defecto lógico encontrado.	La rectificación del razonamiento podría derivar en que el resultado final (decisión) también varíe. Probabilidad de que el nuevo laudo decida en sentido distinto al laudo anulado = depende del caso concreto.
<b>Defecto de insuficiencia</b>	Una sección de la motivación debe ser fundamentada de manera más exhaustiva.	No hay rectificación de razonamiento. Por regla general, la mayor fundamentación armonizará con la línea argumentativa de la motivación ya presentada. Probabilidad de que el nuevo laudo decida en sentido distinto al laudo anulado = baja.

## 5. CONCLUSIONES

La anulación del laudo por afectación del derecho a la motivación es una realidad indiscutible. En teoría, tal supuesto no constituye una causal de anulación, e inclusive la LA en su artículo 62.2 prohíbe a los jueces calificar las motivaciones de los árbitros. No obstante, en la práctica su empleo es masivo, casi dos tercios de las sentencias que resuelven pedidos procedentes de anulación, evalúan la motivación del laudo.

La motivación del laudo consiste en la exposición de las razones por las que el tribunal arbitral decidió en determinado sentido. Es la presentación de los hechos acaecidos, las normas aplicables a tales hechos y el resultado de aplicar el derecho sobre los hechos.

Según los tribunales nacionales, en el arbitraje está presente el derecho a la debida motivación. Por lo tanto, la transgresión de este derecho debe poder ser objeto de tutela. Así, la anulación del laudo se producirá cuando un laudo no cumpla con estar «debidamente» motivado. Asimismo, según los tribunales nacionales, tal análisis no incumple la prohibición del artículo 62.2.

Entonces, si el laudo vulnera el derecho a la debida motivación, éste deberá ser anulado. De acuerdo al Tribunal Constitucional, son seis los supuestos en los que se atenta contra dicho derecho: (a) inexistencia de motivación/motivación aparente; (b) motivación insuficiente; (c) falta de motivación interna en el razonamiento; (d) deficiencias en la motivación externa; (e) motivación sustancialmente incongruente; y (f) motivaciones cualificadas.

En la práctica, estos supuestos pueden clasificarse de la siguiente manera: (i) motivación con defectos en la justificación interna; (ii) motivación con defectos en la justificación externa; y (iii) motivación inexistente. Los primeros se refieren a errores en el razonamiento lógico de aplicación del derecho sobre los hechos. Los segundos versan sobre defectos por falta de fundamentación de alguna premisa (fáctica o jurídica) empleada. Finalmente, el tercer caso se produce cuando la decisión no tiene en absoluto motivación. En cualquiera de estos casos, la anomalía en la motivación debe ser material, puesto que defectos leves o insignificantes en la motivación, no generan la afectación del derecho a la debida motivación.

La anulación del laudo por afectación al derecho a la debida motivación del laudo se puede encauzar a través de dos causales de la LA:

- Causal del literal b) del artículo 63.1, que establece que el laudo se anulará si una parte no pudo hacer valer sus derechos. Para este caso, la parte afectada no habría podido ver satisfecho su derecho a la debida motivación.

- Causal del literal c) del artículo 63.1, que establece que el laudo se anulará cuando las actuaciones arbitrales no se hubieren ajustado a lo establecido por las partes, por el reglamento de la institución arbitral pertinente o por la LA. En este caso, si el laudo debía estar motivado, un laudo con anomalías en la motivación constituiría una actuación arbitral incongruente con lo establecido.

La anulación del laudo por afectación del derecho a la debida motivación del mismo puede alcanzar a todo el o a parte del laudo. Ello se define en función a si la motivación que no cumple con ser debida, se limita a la resolución de ciertas pretensiones, o si más bien alcanza a todas las pretensiones. En el primer caso, la anulación del laudo será parcial, invalidándose las decisiones arbitrales sobre las pretensiones afectadas por una motivación «no debida». En el segundo caso, la anulación del laudo será total.

La consecuencia de la anulación del laudo por la afectación del derecho a su motivación es la siguiente: reanudación de las actuaciones arbitrales desde el punto inmediato anterior al vicio. En el presente caso, lo que sucedería es que los árbitros deberían expedir un nuevo laudo, sin realizar alguna otra actuación arbitral.

Ello implica que los árbitros deban reinstalarse, convocándose, por tanto, a una audiencia de reinstalación del tribunal arbitral. En la misma, los árbitros definirían los aspectos relativos al momento y forma en que se emitirá el nuevo laudo. En adición a ello, el tribunal arbitral, si lo considera conveniente, podría convocar a una nueva audiencia de ilustración. Esto, a efectos de que puedan «refrescar» su conocimiento sobre el caso.

La anulación de un laudo por afectación al derecho a la motivación no implica que automáticamente la parte resolutive del laudo anulado, deba modificarse. La anulación por anomalías en la motivación no

constituye una vía para lograr «arreglar» o «rectificar» lo que los árbitros decidieron como solución a la controversia.

Así, incluso si la motivación es absolutamente inexistente, puede que la decisión del laudo se mantenga. Los árbitros podrían mantener su decisión exponiendo en el nuevo laudo las razones respectivas que sostengan la misma.

En realidad, lo más probable es que, si se anuló un laudo por problemas en su motivación, el nuevo laudo mantenga las decisiones que había tomado el laudo anulado. Ahora bien, según si el defecto en la motivación es (i) lógico o (ii) de insuficiencia, la probabilidad de que se modifiquen las decisiones es distinta.

En este punto, definimos a defecto lógico como aquel error lógico-formal en el razonamiento. Según la jurisprudencia, una «ruptura de logicidad», que supone una contradicción en el discurso. La corrección de un error de tal tipo generaría la modificación de la línea argumentativa, lo que podría —no necesariamente lo hará— modificar el resultado final (parte resolutive). En última instancia, la posibilidad de que la subsanación del error lógico cambie el sentido del laudo, depende del caso concreto.

Por otro lado, el defecto de insuficiencia se configura cuando se considera que una parte de la motivación presenta o da por sentada cierta afirmación sin que esté válidamente sustentada; o cuando el laudo no se pronuncia en absoluto sobre ciertos argumentos o pruebas proporcionadas. A diferencia de los defectos lógicos, su subsanación no genera un cambio en el hilo argumentativo, puesto que los árbitros sólo tienen que añadir una sustentación mayor en el área afectada por el defecto. Tampoco se produce una modificación a la línea argumentativa, por lo que es poco probable que haya un impacto en el resultado final (parte resolutive).

A fin de cuentas, la anulación del laudo por anomalías en su motivación no constituye una victoria. Dicha anulación no debe generar falsas expectativas: los árbitros pueden persistir en su decisión y lo más probable es que así sea.

## LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE: A PROPÓSITO DE LA PRUEBA DE LA LESIÓN DEL INTERÉS CREDITICIO

*Luciano Barchi Velaochaga\**

Sumario: 1. Los supuestos de lesión del interés crediticio.—  
2. La carga de la prueba de la lesión del interés crediticio.—  
3. La carga de la prueba del incumplimiento en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer.— 3.1. Lesión del interés crediticio en las obligaciones negativas, ¿cabe la hipótesis de retardo?— 3.2. La carga de la prueba del incumplimiento en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer.—  
3.3. La carga de la prueba del incumplimiento en la «obligación de comportarse de buena fe».

### 1. LOS SUPUESTOS DE LESIÓN DEL INTERÉS CREDITICIO

La prestación está dirigida a satisfacer el interés del acreedor, que no es otra cosa que la necesidad de bienes y servicios.<sup>1</sup>

---

\* Bachiller en Derecho y abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con mención en derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de derecho civil en la Maestría de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

<sup>1</sup> Al respecto Nicolás señala: «el concepto de interés no es de por sí un concepto jurídico, sino que es un prius respecto al derecho, un dato preexistente al ordenamiento, que será tomado de la economía para ser más o menos considerado. Para definir el concepto de interés, es necesario, por ende, recurrir a los conceptos de la ciencia económica» (NICOLÓ, Rosario. «Las situaciones jurídicas subjetivas». En *Advocatus*, n.º 12, p. 106).

Como señala Bianca,<sup>2</sup> el interés que entra en el contenido de la relación es aquél que resulta del título. A falta de específicas indicaciones se pone de manifiesto el interés típico; es decir, el normal interés directamente vinculado a la prestación. Así, por ejemplo, el interés típico de una prestación de dar es el de adquirir la posesión y la titularidad de un derecho sobre un bien que reúne las cualidades prometidas que lo hacen apto para la finalidad de la adquisición.

Se produce una lesión del interés crediticio cuando el comportamiento del deudor, apreciado desde una óptica objetiva, independiente de cualquier valoración o calificación de dicho comportamiento, no se ajusta al programa de prestación.<sup>3</sup>

Siguiendo a Díez-Picazo<sup>4</sup> consideramos que son dos las formas básicas de la lesión del derecho de crédito: la primera es la situación de «no prestación» que es aquella en la cual el deudor no ejecuta la prestación debida (inejecución); y, la segunda, es la situación de «prestación inexacta», donde el deudor realiza una conducta, pero ésta no coincide con la prestación debida.

Como hipótesis de «situaciones de no prestación» identificamos: la «imposibilidad sobreviniente», el «retardo» y el «incumplimiento»; como hipótesis de «prestación inexacta»: el cumplimiento parcial, el tardío y el defectuoso.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> BIANCA, Máximo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1993, tomo 4, p. 41. En el mismo sentido, CARINGELLA, Francesco y Giuseppe DE MARZO. *Manuale di diritto civile. II Le obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 54.

<sup>3</sup> Se habla de «programa de prestación», por cuanto la prestación es la programación ideal o intelectual de un acontecimiento que se aspira que sea realidad en un momento posterior (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Editorial Civitas, 1996, volumen segundo, 5.ª edición, p. 236).

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 569.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 673-674. BRECCIA refiriéndose al Código Civil italiano señala: «En el lenguaje del código con la expresión «incumplimiento» se alude, sea al caso en

La categorización anteriormente descrita la encontramos recogida en el Código Civil. Así, por ejemplo, en el artículo 1314:

Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación<sup>6</sup> o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

## 2. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA LESIÓN DEL INTERÉS CREDITICIO

¿A quién corresponde probar que el deudor no ejecutó la prestación a su cargo o lo hizo parcial, tardío o defectuosamente?

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes en un proceso, judicial o arbitral. De acuerdo con el artículo 196 del Código Procesal Civil la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos.<sup>7</sup>

En materia arbitral el Código Procesal Civil no resulta de aplicación supletoria y ello se desprende del numeral 3 del artículo 34 del Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje (en adelante, LA) que establece lo siguiente:

Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este decreto legislativo. Si no existe nor-

---

el cual el deudor no haya ejecutado la prestación debida, sea en el caso en el cual no la haya ejecutado “exactamente”» (BRECCIA, Umberto. «Le obbligazioni». En *Trattato di diritto privato. A cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 583).

<sup>6</sup> El término «inejecución» comprende todas las hipótesis de la situación de no prestación.

<sup>7</sup> «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos».

ma aplicable en este decreto legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

De acuerdo con el texto transcrito, las lagunas del convenio arbitral<sup>8</sup> son integradas con referencia al reglamento arbitral al que se someta (de ser el caso), a las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o por las normas de la LA. Si no existe norma aplicable en la LA, el árbitro podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral. Como se puede advertir, se niega la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil peruano.

Éste es un hecho destacado por los especialistas, así Mantilla-Serrano señala: «[...] la ley se toma el cuidado de evitar la aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano estableciendo que, a falta de disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral, o en su defecto, por la ley peruana de arbitraje (que no define, pero se entiende referida al artículo 3 de la ley), el tribunal arbitral puede recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral (artículo 34.2)».<sup>9</sup>

Cantuarias y Caivano también lo resaltan y al respecto señalan comentando el artículo 34 de la LA: «Es más, este dispositivo (artículo

---

<sup>8</sup> De acuerdo con el numeral 1 del artículo 13 de la LA se define al convenio arbitral como el «acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza». Para la mayoría de la doctrina el convenio arbitral es —sin perjuicio de lo dispuesto para el arbitraje testamentario en la Séptima Disposición Complementaria de la LA— un contrato. Para otros, es un negocio jurídico al cual se le aplica la disciplina general de los contratos (CARLEO, Roberto. *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*. Torino: Giappichelli Editore, 1998, p. 13).

<sup>9</sup> MANTILLA-SERRANO, Fernando. «Breves comentarios sobre la nueva ley peruana de arbitraje». En *Lima Arbitration*, 2010/2011, n.º 4, p. 37.

34.3) establece que si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o, en su defecto, en la LA, los árbitros podrán recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral, negando así cualquier posible (e indebida) aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano».<sup>10</sup>

Por su parte, Kundmüller Caminiti, comentando el artículo 43.1 de la LA señala «que la aplicación de los usos y costumbres se refiere a un conjunto de buenas prácticas, medidas, disposiciones, etc., que han sido percibidas como legítimas y que cuentan con la aceptación generalizada de los interesados en el funcionamiento del arbitraje nacional e internacional».<sup>11</sup>

Sobre esta base, y no por la aplicación del Código Procesal Civil, es que el árbitro considera que como regla general se entiende que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos. Esta regla ha sido percibida como legítima y cuenta con la aceptación generalizada de los interesados en el funcionamiento del arbitraje nacional e internacional. Así esta regla general ha sido recogida por diversos reglamentos arbitrales internacionales, por ejemplo, en el numeral 1 del artículo 27 del Reglamento de Arbitraje de la Cnudmi (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional),<sup>12</sup> que establece:

Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.

<sup>10</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2008, n.º 7, pp. 64-65.

<sup>11</sup> KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Comentario al artículo 34 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 395-396.

<sup>12</sup> Revisado en 2010.

Ahora bien, debe tenerse en consideración que el artículo 196 del Código Procesal Civil señala que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, salvo que la ley disponga algo distinto. Y en materia arbitral, se trata de una regla general; y, por tanto, es posible la existencia de reglas especiales y, en tal caso, ante tal conflicto de normas, debe aplicarse el criterio de la prevalencia de la norma especial sobre la norma general (*lex specialis derogat legi generali*).<sup>13</sup>

En tal sentido, frente a la regla general de la carga de la prueba debe tomarse en consideración la regla especial de la prueba del pago prevista en el artículo 1229 del Código Civil.

Al respecto Bullard González señala:

Sin embargo, debe considerarse que el principio de carga de la prueba sólo opera en defecto de normas que precisen una carga de prueba diferente, y debe ser aplicado razonablemente para no conducirnos a resultados absurdos o contrarios a la lógica, tal como lo reconoce la doctrina. Así, de determinarse que existe una imposibilidad o seria limitación de que una de las partes pueda probar como ocurrió el accidente, debe evaluarse si existen reglas que intervienen la carga de la prueba sobre aquella de las partes que está en control de la actividad causante del daño.

Y luego agrega:

Si bien es un principio general del derecho que cada parte debe probar sus alegaciones, éste debe ser concordado con lo establecido por los artículos 1229 del Código Civil, 1329 y 1969 del mismo cuerpo legal.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Ver al respecto TARELLO, Giovanni. «L'interpretazione della legge». En *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 311 y ss.

<sup>14</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil». En *Thémis*, n.º 50, p. 228.

El artículo 1229 del Código Civil, referida a la prueba del pago,<sup>15</sup> señala lo siguiente:

La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado.

Por su parte el artículo 1214 del Código Civil español señala:

Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción, al que la opone.

El artículo 2697 del *Codice Civile*:

*Chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.*

El artículo 1315 del Código Civil francés:

*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.*

Para Bianca<sup>16</sup> la prueba del pago es por regla una carga del deudor<sup>17</sup> y precisa que el incumplimiento no requiere ser específicamente

<sup>15</sup> El pago es el acto de exacta ejecución de la prestación de la prestación debida. La prestación designa aquello que es debido; es decir, el programa obligatorio. El pago es la actuación de tal programa.

La doctrina también habla de ejecución o de cumplimiento. En el lenguaje común el término «pago» designa específicamente el cumplimiento de la obligación pecuniaria, pero en el lenguaje jurídico es el acto de ejecución. El Código Civil habla de pago en el Título II del Libro VI.

<sup>16</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile. Ob. cit.*, tomo 4, p. 319 («L'inadempimento non ha bisogno di essere specificamente provato poiché la presunzione di persistenza del diritto comporta che il credito si presume ancora esistente, e quindi si presume non pagato»). Sobre la «presunción de persistencia» del derecho pretendido por el acreedor ver RINALDI, Manuela. «Inadempimento delle obbligazioni». En *Inadempimento delle obbligazioni. A cura di Luigi Viola*. Padova: Cedam, 2010, p. 86.

<sup>17</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile. Ob. cit.*, tomo 4, p. 319 («La prova del pagamento

probado, pues la presunción de persistencia del derecho importa que el crédito se presume aún existente, por tanto, se presume no pagado. En tal sentido, de acuerdo con el artículo 1229 es carga del deudor probar el hecho extintivo y el acreedor debe acreditar la existencia de la relación obligatoria; por tanto, el acreedor debe limitarse a probar el título; es decir, la fuente del crédito.

En el Perú, Osterling Parodi señala:

Toca al acreedor, [...], demostrar la existencia de la obligación, tratándose de las obligaciones de dar y de hacer y, en el caso de las obligaciones de no hacer, probar además el incumplimiento. En la misma medida, toca al deudor, en las obligaciones de dar y hacer, demostrar el cumplimiento; así lo exige el artículo 1229 del Código Civil [...].<sup>18</sup>

Resulta interesante ver, para el caso de procesos judiciales, la sentencia del expediente n.º 992-98, Tercera Sala Civil de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Lima en el que se señala: «Al acreditarse la existencia de la obligación, la carga de la prueba se invierte y obliga al eventual deudor a probar que ese importe fue cancelado».<sup>19</sup> También la Casación n.º 1080-98 en el que se señala: «Conforme a la inversión de la carga de la prueba que prescribe el artículo 1229 del Código Civil, al demandado le corresponde demostrar haber cumplido con ejecutar la prestación a su cargo».<sup>20</sup>

---

è di regola un onere a carico del debitore»).

<sup>18</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. «La indemnización de daños y perjuicios». En *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. SOTO COAGUILA, Carlos (dir.). Lima: Instituto Pacífico, 2015, tomo 1, p. 398. Respecto a las obligaciones negativas existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia italiana que incumbe al acreedor la prueba del incumplimiento (CABELLA PISU, Luciana. «Inadempimento e mora del debitore». En *Diritto civile. Obbligazioni. Il Rapporto obbligatorio*. Milano: Giuffrè, 2009, volume III, tomo I, p. 653).

<sup>19</sup> Ver LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia actual*, tomo 2, n.º 81).

<sup>20</sup> Ver *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2001, n.º 33, p. 265.

Jordano Fraga, comentando el artículo 1214 del Código Civil español («Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción, al que la opone»), tiene una interpretación particular.<sup>21</sup> En efecto, de acuerdo con el jurista español, la regla que se desprende del artículo 1214 es la siguiente: «La parte que hace valer una pretensión, ha de probar los hechos (constitutivos) que le sirven de fundamento; la contraparte que se opone ha de probar los hechos impositivos o extintivos (constitutivos de su pretensión opositora) que hacen ineficaz la pretensión actora»<sup>22</sup> y luego añade «[...] de un entendimiento abstracto de las normas sobre la carga de la prueba derivaría que el acreedor que pretendiese el resarcimiento derivado del incumplimiento de una obligación habría de probar, además de la cuantía del daño sufrido, el incumplimiento del deudor».<sup>23</sup>

En tal sentido, para Jordano Fraga al acreedor incumbe la prueba de la infracción de la obligación por el deudor («materialidad del incumplimiento») en tanto que al deudor la prueba liberatoria. El acreedor que pretende el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de una obligación a cargo de su deudor, debe probar como fundamento de su pretensión la existencia de la obligación y la «materialidad del incumplimiento», «en tanto que al acreedor que pretende el cumplimiento de la obligación, en aplicación de los mismos principios sobre la carga de la prueba, incumbe sólo la prueba de la obligación de la que deriva (sin más) su derecho al cumplimiento».<sup>24</sup>

Como se observa, para Jordano Fraga existe un diverso contenido de la carga de la prueba, según el acreedor opte por el remedio del

---

<sup>21</sup> En Italia respecto a la prueba del incumplimiento un sector de la doctrina también acoge esta posición (ver ROLDÁN ALZATE, Natalia. *Inadempimento e ripartizione dell'onere probatorio*. Padova: Cedam, 2016, pp. 30 y ss.).

<sup>22</sup> JORDANO FRAGA, FRANCISCO. «El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento». En *Anuario de Derecho Civil*. Fascículo 2, 1986, p. 71.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 76-77.

resarcimiento de daños (o de la resolución)<sup>25</sup> o lo haga por el remedio de la pretensión de cumplimiento. La pretensión de cumplimiento sería sustancialmente distinta de la pretensión resarcitoria: así, la obligación de cumplir surge del contrato; mientras que la obligación de resarcir surge del incumplimiento.<sup>26</sup>

«Que el acreedor, cuando se trate de obligaciones negativas, deba probar el hecho positivo en que la violación de las mismas se concreta...», no es más que aplicación concreta «del principio general de que al acreedor incumbe la prueba de la materialidad de la infracción debitoria».<sup>27</sup>

El artículo 1229 del Código Civil señala: «La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado». El artículo citado se refiere a la carga de la prueba del deudor, pero a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1214 del Código Civil español, el artículo 2697 del Código Civil italiano y el artículo 1315 del Código Civil francés, no hace referencia a la carga de la prueba del acreedor.

Sin embargo, del artículo 1229 del Código Civil se desprende, implícitamente, que si el acreedor pretende el pago (pretensión de cumplimiento) incumbe al deudor probar el pago. Si esto es así, parece claro, como lo señalan los textos extranjeros citados, que incumbe al acreedor probar el hecho constitutivo de la obligación cuyo cumplimiento se pretende. En otras palabras, si el acreedor prueba que el deudor le debe, éste debe probar que ha pagado; si no lo hace, se asume que la obligación no ha sido cumplida (incumplimiento).

Adviértase que el artículo 1229 sólo se refiere a uno de los medios extintivos de las obligaciones: el pago. En estricto, al deudor incumbe

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>26</sup> Ver en ROLDÁN ALZATE, Natalia. *Ob. cit.*, p. 31.

<sup>27</sup> JORDANO FRAGA, FRANCISCO. «El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento». En *Ob. cit.*, p. 79.

la prueba liberatoria; así, por ejemplo, podría no haberse dado el pago, pero la obligación podría haberse extinguido por haberse tornado imposible la prestación por causa no imputable al deudor (artículo 1316 del Código Civil).

Ahora bien, cabe preguntarse, si como sostiene Jordano Fraga, existe un diverso contenido de la carga de la prueba, según el acreedor opte por el remedio del resarcimiento de daños (o de la resolución) o lo haga por el remedio de la pretensión de cumplimiento. En nuestra opinión, la respuesta es negativa. Veamos.

Frente a la inexecución de la prestación a cargo del deudor, el acreedor puede optar entre el remedio de la pretensión de cumplimiento o el remedio del resarcimiento de daños y perjuicios.<sup>28</sup> En tal sentido, al optar por cualquiera de los remedios, implícitamente, se alega la inexecución de la prestación por el deudor;<sup>29</sup> y, por tanto, frente a una misma situación del deudor (la de no ejecución), independientemente del remedio corresponderá por el que opte el acreedor, si éste prueba que el deudor le debe, incumbe al deudor la prueba de la liberación (artículo 1229 del Código Civil). Por tanto, una diversificación del régimen de la prueba carece de justificación.

Como señala Roldán Alzate: «È stato infine, autorevolmente sostenuto che il regime probatorio che grava il debitore della prova dell'adempimento, si fonderebbe sulla ripartizione del rischio relativo alla

---

<sup>28</sup> Permítaseme remitirme a BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «Algunas consideraciones sobre los remedios de tutela del contrato en el Código Civil peruano y en las tentativas de unificación internacional del derecho de contratos». En *Teoría general del contrato. homenaje al profesor doctor Eicardo L. Lorenzetti*. Buenos Aires: La Ley, 2012, tomo II, pp. 1295-1359.

<sup>29</sup> Esto se observa claramente en el caso de la resolución por incumplimiento el artículo 1428 del Código Civil señala: «[...] cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato...». (El subrayado es agregado). Al respecto, ver en ROLDÁN ALZATE, Natalia. *Ob. cit.*, p. 31.

prestazione, nonché sulla difficoltà in cui incorrerebbe il creditore nella prova di non aver ricevuto la prestazione medesima».<sup>30</sup>

En la misma línea, Bullard González señala que la prueba del pago «comprende acreditar, sobre la base de los principios de integridad e identidad del pago, que no sólo se ejecutó la prestación, sino que dicha ejecución fue completa y realizada dentro de los términos que regulan la obligación; es decir, según lo pactado. Si bien este principio es aplicable a todo tipo de obligaciones, su aplicación es especialmente relevante en las obligaciones contractuales. Así, el principio de que es el deudor el que debe demostrar que cumplió su obligación, conduce a que dicho deudor debe producir la prueba de que cumplió su obligación en los términos pactados» y luego añade: «En este sentido, puede ser excesivo exigir al acreedor que presente prueba fehaciente de que el deudor no cumplió con su obligación cuando la actividad objeto de la misma está por completo bajo el control del potencial obligado».<sup>31</sup>

Para Trimarchi el acreedor insatisfecho de una prestación positiva sólo debe probar el título del propio derecho y no el incumplimiento, sea que pretenda el cumplimiento o sea que pretenda la resolución o el resarcimiento del daño. La regla tiene un obvio fundamento de racionalidad, porque mientras para el deudor que cumple procurarse la prueba positiva del cumplimiento es fácil, para el acreedor la prueba de incumplimiento sería, por regla, imposible, teniendo por objeto una serie indefinida de hechos negativos.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> ROLDÁN ALZATE, Natalia. *Ob. cit.*, pp. 34-35. Al respecto, Trimarchi señala que el acreedor no tiene la carga de probar el incumplimiento; la prueba de una circunstancia puramente negativa, como ésta, es difícil y quizá imposible; por tanto, la ley impone al deudor la prueba del pago, así como cualquier otro evento sobreviniente que modifique o extinga el derecho (TRIMARCHI, Pietro. *Instituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 2003, quindicesima edizione. p. 540).

<sup>31</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Cuando las cosas hablan: el res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil». En *Ob. cit.*, n.º 50, p. 228.

<sup>32</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010, pp. 192-193. Respecto a las obligaciones negativas, Trimarchi reconoce que

En conclusión, incumbe la prueba de la existencia de la obligación (y de su exigibilidad) al que reclama su cumplimiento y la de su extinción, al que la opone. Como ya se dijo, el incumplimiento no requiere ser específicamente probado, pues la presunción de persistencia del derecho importa que el crédito se presume aún existente, por tanto, se presume no pagado.<sup>33</sup> Esto significa, entonces, que al deudor se le considera incumplidor hasta que el deudor no pruebe el cumplimiento. Es carga del deudor probar el hecho extintivo o modificativo.

Según Manrique de Lara Morales un sector de la doctrina, particularmente la francesa, señalan dos criterios diferentes respecto a la carga de la prueba, según se trate de obligaciones de medios o de resultado.<sup>34</sup> Lobato Gómez al respecto señala que: «La principal virtualidad de la distinción de las obligaciones de medios y obligaciones de resultados, estaría según el parecer mayoritario en el régimen de la prueba o, más concretamente, en la manera de repartir la carga de la prueba del incumpliente».<sup>35</sup>

---

incumbe al acreedor probar el incumplimiento (*Ibidem*, p. 193). Rinaldi reconoce que esta es la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia italiana (RINALDI, Manuela. «Inadempimento delle obbligazioni». En *Ob. cit.*, p. 86). Cabella Pisu señala que en una acción de responsabilidad contractual el incumplimiento, como hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria, debe ser probado por el acreedor (distinto al caso en que se pretenda el cumplimiento: donde el acreedor sólo se limita a probar la fuente de la obligación; sin embargo, una orientación jurisprudencial, avalada por un pronunciamiento de las Secciones Unidas de la Casación, ha asumido la «presunción de persistencia del derecho» y proclama en cualquier hipótesis, la suficiencia de la prueba de la fuente del crédito (CABELLA PISU, Luciana. «Inadempimento e mora del debitore». En *Ob. cit.*, pp. 652-653).

<sup>33</sup> BIANCA, MASSIMO. *Diritto civile. Ob. cit.*, tomo 4, p. 319.

<sup>34</sup> MANRIQUE DE LARA MORALES, Julio. *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001, p. 175. Ver también ROLDÁN ALZATE, Natalia. *Ob. cit.*, pp. 57 y ss.

<sup>35</sup> LOBATO SÁNCHEZ, J. Miguel. «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado». En *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, 1992, fascículo segundo, p. 725. MENGONI, Luigi. «Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”». En *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1954, Anno LII. pp. 366 y ss. JORDANO FRAGA, Francisco. «Obligaciones

Obligaciones de actividad son aquéllas en las cuales la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar, de forma mediata, la satisfacción del interés del acreedor, o lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar. El deudor se obliga a una actuación diligente que posibilite al acreedor obtener un resultado el cual, sin embargo, no está *in obligatione*.

Obligaciones de resultado, en cambio, son aquéllas en las que el deudor se obliga a proporcionar de forma directa e inmediata la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que integra la prestación, un resultado que está *in obligatione*. Su cumplimiento o incumplimiento depende directamente de la producción o no del resultado.

La relevancia de la distinción entre las obligaciones de actividad y resultado se sitúa, fundamentalmente, en el terreno del cumplimiento de la obligación. Las obligaciones de actividad y de resultado son dos modos distintos de configurar —definir el cumplimiento de las relaciones obligatorias con prestación de hacer—. En otras palabras, lo que el deudor debe hacer para cumplir, en uno u otro caso, no es lo mismo. Como señala Franzoni la distinción no es relevante para definir el régimen de responsabilidad del deudor —objetivo en las obligaciones de resultado, subjetivo en las obligaciones de medios— sino para establecer a qué cosa se encuentra obligado el deudor.<sup>36</sup>

En efecto, la distinción entre las obligaciones de actividad y de resultado fue utilizada por la doctrina francesa contemporánea para resolver la contradicción que parece existir entre los artículos 1147 y 1137

---

de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente). En *Anuario de Derecho Civil*. Enero-marzo, 1991, fascículo I, tomo XLIV, pp. 74 y ss.

<sup>36</sup> FRANZONI, Massimo. «La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado». En *Thémis*, 1998, n.º 38, p. 84.

del Código Civil francés respecto a la carga de la prueba de la culpa.<sup>37</sup> Así, según el artículo 1147<sup>38</sup> la culpa se presume y sólo la causa no imputable puede eximir al deudor de responsabilidad. En cambio, el artículo 1137<sup>39</sup> el deudor quedaría liberado de responsabilidad probando su diligencia. Para Demogue el artículo 1137 se refería únicamente a las obligaciones de medio<sup>40</sup> (*de moyen*), mientras el artículo 1147 a las obligaciones de resultado (*de résultat*).

Una contradicción similar parece encontrarse entre los artículos 1218 y 1176 del Código Civil italiano. Un sector de la doctrina italiana considera que el artículo 1218 consagra la responsabilidad objetiva aplicable a las obligaciones de resultado y el 1176, la responsabilidad subjetiva, aplicable a las obligaciones de medios.<sup>41</sup> Para Franzoni la distinción

<sup>37</sup> Ver respecto a la doctrina francesa MAZEAUD, Henri y León y André TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, tomo primero, vol. II, pp. 398 y ss. Ver LOBATO SÁNCHEZ, J. Miguel. *Ob. cit.*, pp. 651 y ss. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch, 1993, pp. 13 y ss.

<sup>38</sup> «Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part».

<sup>39</sup> «L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité d'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont épliqués sous les titres qui les concernent».

<sup>40</sup> La paternidad de la doctrina se le atribuye a Demogue (Ver LOBATO SÁNCHEZ, J. Miguel. *Ob. cit.*, p. 651. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. *Ob. cit.*, p. 13). Demogue hablaba de «obligaciones de medio» sin la «s» final. Al respecto, debe tenerse en cuenta que también existe en la doctrina un debate respecto a la terminología (Ver LOBATO SÁNCHEZ, J. Miguel. *Ob. cit.*, pp. 654 y ss. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO. *Ob. cit.*, pp. 17 y ss.).

<sup>41</sup> Ver una explicación sobre la elaboración doctrinal italiana en VISINTINI, GIOVANNA. «L'inadempimento e mora del debitore». En *Il codice civile commentario*. Diretto da Piero Schlesinger. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 75 y ss. Ver también al respecto

no es relevante para definir el régimen de responsabilidad del deudor: objetivo en las obligaciones de resultado, subjetivo en las obligaciones de actividad, sino que lo es para establecer a qué se encuentra obligado el deudor.<sup>42</sup>

A nuestro juicio el Código Civil peruano sigue la línea expresada por Franzoni. Como ocurre con la mayoría de Códigos Civiles, el peruano no regula específicamente la clasificación de «obligaciones de actividad» y «obligaciones de resultado» y la doctrina no ha recurrido a la tesis de Demogue para salvar la aparente contradicción existente entre los artículos 1314 y 1315 del Código Civil, donde el primero parece acoger la responsabilidad subjetiva y el segundo la objetiva.<sup>43</sup> No obstante, la distinción sí se encuentra recogida a propósito del contrato de prestación de servicios y es un elemento de distinción de sus modalidades (subtipos), especialmente, del contrato de locación de servicios y del contrato de obra. Es decir, el Código Civil ha acogido la distinción para diferenciar el «contrato de locación de servicios» del «contrato de obra».

Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales-Unidroit, en su artículo 5.4 señalan:

1. En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado.

---

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Comentarios al artículo 1314 del Código Civil». En *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VI, pp. 849 y ss.

<sup>42</sup> En la doctrina nacional Osterling Parodi y Castillo Freyre se manifiestan contrarios a la distinción entre «obligaciones de medios» y «obligaciones de resultado», pero ubicándola dentro del tema de la responsabilidad civil (OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil». En *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, n.º 53, pp. 475 y ss.).

<sup>43</sup> Ver en este sentido, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Comentarios al artículo 1314 del Código Civil». En *Ob. cit.*, p. 858.

2. En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

En el comentario se señala que en el caso de una obligación de resultado «una parte se obliga, simplemente, a obtener el resultado prometido. Si el resultado no se alcanza se incurre por esto mismo en incumplimiento [...]». En cambio, «el criterio para determinar el incumplimiento de una obligación de emplear los mejores esfuerzos —*duty of best efforts*— es menos severo, pues se basa en la comparación con la diligencia que hubiera empleado una persona razonable de la misma condición en circunstancias similares».

Manrique de Lara Morales explica que para un grupo de autores franceses, en las obligaciones de resultado el acreedor debe probar que el resultado prometido no se ha conseguido (es decir, probar la lesión del interés crediticio). Con tal prueba al acreedor le es suficiente para imputar la responsabilidad al deudor, pues la culpa del mismo se presume cuando se obtiene el resultado previsto.<sup>44</sup> En cambio, en las obligaciones de medios el acreedor debe probar la lesión del interés crediticio y, además, la culpa.<sup>45</sup> Así, desde este punto de vista, la regla del artículo 1.315 del *Code Civil* sólo se aplica a las obligaciones de resultado. Las obligaciones de medios quedan fuera de esa regla. Un sector de la doctrina española se ha inclinado por esta posición.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Ver también LOBATO SÁNCHEZ, J. Miguel. *Ob. cit.*, p. 725.

<sup>45</sup> Ver también LOBATO SÁNCHEZ, J. Miguel. *Ob. cit.*, p. 726.

<sup>46</sup> Al respecto ver LOBATO SÁNCHEZ, J. Miguel. *Ob. cit.*, pp. 726-727. Jordano Fraga señala que la aplicación de los principios generales de la carga de la prueba ha planteado dificultades en los casos de las obligaciones de medios y de los llamados deberes de protección (JORDANO FRAGA, FRANCISCO. «El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento». En *Ob. cit.*, p. 88).

Gómez Lobato rechaza tal postura respecto a la carga de la prueba, señalando que la regla general en materia de prueba implica la probanza por el acreedor del hecho constitutivo de la relación obligatoria, mientras al deudor le corresponde la prueba de hechos impeditivos, obstaculizantes o extintivos, regla que se refleja en el artículo 1214 del Código Civil español.<sup>47</sup>

Como hemos señalado, las obligaciones de actividad y de resultado son dos modos distintos de configurar-definir el cumplimiento de las relaciones obligatorias con prestación de hacer; la distinción no es relevante para definir el régimen de responsabilidad del deudor. Por ende, en nuestra opinión, no hay razón para establecer una regla en materia de prueba distinta a la prevista en el artículo 1229 del Código Civil.

### 3. LA CARGA DE LA PRUEBA DEL INCUMPLIMIENTO EN LAS RELACIONES OBLIGATORIAS CON PRESTACIÓN DE NO HACER

#### 3.1. *Lesión del interés crediticio en las obligaciones negativas ¿cabe la hipótesis de retardo?*

Las obligaciones negativas<sup>48</sup> son aquéllas cuya prestación consiste en no

<sup>47</sup> LOBATO SÁNCHEZ, J. Miguel. *Ob. cit.*, pp. 728-729. Jordano Fraga, en la medida que parte del supuesto que la prueba del incumplimiento incumbe al acreedor, afirma: «En definitiva, las obligaciones de medios no son excepción al reparto ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual. La distinción entre la esfera de la prueba inicial del incumplimiento (de su materialidad, de la falta del exacto resultado debido) y la de la responsabilidad-liberación (la consideración del límite de la responsabilidad), la primera presupuesto lógico de la segunda, se mantiene también en las obligaciones de medios» (JORDANO FRAGA, Francisco. «El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del ordenamiento». En *Ob. cit.*, p. 92).

<sup>48</sup> El Código Civil peruano no utiliza la expresión «obligación negativa», en el Código Civil italiano se utiliza en la rúbrica del artículo 1222 en que se excluye la mora del deudor a las relaciones obligatorias con prestación de no hacer. Como señala Visintini con la expresión «obligación negativa» se refiere, en el lenguaje técnico-jurídico

hacer, en no realizar una o varias actividades materiales (ejemplo, el no permitir mascotas en el inmueble arrendado) o jurídicas (ejemplo, el pacto de indivisión, pacto de *non cedendo*, pacto de no concurrencia). La obligación negativa tiene como contenido una omisión:<sup>49</sup> el deudor omite realizar un acto que tendría el derecho de realizar si no estuviera obligado a abstenerse. De acuerdo con Gomes<sup>50</sup> la prestación negativa puede consistir en una abstención o en un acto de tolerancia;<sup>51</sup> entendida como una abstención de resistencia o de oposición a la que estaría autorizado si la obligación no la prohibiera.

---

tradicional, a las «obligaciones de no hacer» (VISINTINI, Giovanna. «Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222». En *Il codice civile. Commentario. Diretto da Piero Schlesinger*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 466).

<sup>49</sup> FERRER DE SAN-SEGUNDO, María José. *La obligación negativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 19.

<sup>50</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Río de Janeiro: Forense, 1986, 8.<sup>a</sup> edição, p. 50.

<sup>51</sup> De acuerdo con Querci en la doctrina italiana se discute si la obligación negativa puede tener por objeto, junto con la abstención de hacer del deudor, también un pati, consistente en tolerar que el acreedor tenga determinados comportamientos, situación que presenta analogías con la servidumbre negativa y con obligaciones de buena vecindad (ejemplo, tolerar inmisiones). La doctrina tradicional admitía pacíficamente que en el «no hacer» se comprendía también la «tolerancia». Actualmente, la doctrina busca distinguir la obligación de «no hacer» de la del pati. Cuando la obligación tiene por objeto una prestación de tolerancia (pati), consistente en permitir que el acreedor haga alguna cosa, la prestación no realiza por sí sola el interés del acreedor, que se satisface no a través de la simple inercia del deudor, sino sólo con el ejercicio de la facultad expectante del derecho del que es titular: no se estaría, por tanto, en presencia de una obligación negativa (QUERCI, Agnese. «Inadempimento e obbligazioni negative». En *Trattato della responsabilità contrattuale. Diretto da Giovanna Visintini*. Padova: Cedam, 2009, volume primo, p. 305). Visintini, recientemente, se ha inclinado a favor de la tesis tradicional, en tal sentido, para la autora italiana la «obligación negativa» puede tener indiferentemente como contenido la abstención de un hacer o un pati y ello es así sólo en presencia de todos los presupuestos de una obligación en sentido técnico (VISINTINI, Giovanna. «Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222». En *Il codice civile. Commentario. Diretto da Piero Schlesinger*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 471. En el mismo sentido, ver QUERCI, Agnese. *Ob. cit.*, p. 306).

El Código Civil dedica los artículos 1158, 1159 y 1160<sup>52</sup> a las relaciones obligatorias con prestación de no hacer.

La doctrina civilista tradicional ha negado la procedencia del retardo en las relaciones obligatorias con prestación negativa o con prestación de no hacer.<sup>53</sup> Sin embargo, como señala Cárdenas Quirós existe una «[...] evidente disparidad de criterios [...]»,<sup>54</sup> pues, de una parte, unos autores al negar la procedencia de la mora en esta clase de obligaciones, señalan que produciéndose la conducta negativa que debía abstenerse, el deudor incumple definitivamente la obligación.<sup>55</sup> Por otra parte, otros autores sostienen que la mora se constituye en forma automática con la ejecución del acto.<sup>56</sup>

En cuanto a la legislación comparada el Código Civil italiano (artículo 1222) niega expresamente la procedencia de la mora en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer. El artículo 1100 del Código Civil español señala: «Incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor... ». El texto sólo se refiere a

---

<sup>52</sup> El artículo 1160 del Código Civil es una norma de remisión a ciertos artículos referidos a las relaciones obligatorias con prestación de hacer.

<sup>53</sup> Así MELICH-ORSINI, José. La resolución del contrato por incumplimiento. Bogotá: Temis, 1979, p. 155; DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de derecho civil. Madrid: Reus, s/f, tomo II, vol. I, p. 121, nota (5); entre otros.

<sup>54</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer». En Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima, 1988, año LXXV, n.º 1, p. 134.

<sup>55</sup> Así en la doctrina nacional CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de derecho civil. El derecho de las obligaciones. Lima: 1955, tomo II, p. 93; CORNEJO, A. Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentarios. Lima: Librería Imprenta Gil, 1937, vol. I, tomo II, p. 271; OSTERLING PARODI, Felipe. «Mora del deudor». En *Thémis*. Revista de Derecho. Lima, 1987, segunda época, n.º 8, p. 56.

<sup>56</sup> Así DA SILVA PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de direito civil. Teoria geral de obrigações*. Río de Janeiro: Forense, 1984, vol. II, 8.ª edição. p. 218; CAZEAUX, Pedro N. y Félix TRIGO REPRESAS. *Compendio de derecho de las obligaciones*. La Plata: Editora Platense, 1986, tomo I, p. 123.

las prestaciones positivas (dar y hacer) con lo que las obligaciones negativas (no hacer) quedan excluidas.<sup>57</sup>

En el Código Civil no existe una norma que la rechace expresamente el retardo (y, por tanto, la mora) como hipótesis de situación de no prestación —como sí lo hace el artículo 1222 del Código Civil italiano— tratándose de relaciones obligatorias con prestación de no hacer.

En efecto, de acuerdo con el artículo 1222 del Código Civil italiano excluye la aplicabilidad a las obligaciones negativas de las disposiciones de la mora del deudor puesto que *ogni fatto compiuto in violazione di queste costituisce di per sé inadempimento*; vale decir, entonces, que para el Código Civil italiano no es posible hablar de retardo en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer, puesto que su inejecución supone la hipótesis de incumplimiento. Como señala Querci para el legislador italiano existe incompatibilidad lógica entre las relaciones obligatorias con prestación de no hacer y el concepto de «retardo», puesto que éste supone la idea de transitoriedad de la inejecución de la prestación. En otros términos, no es concebible un «retardo a no hacer».<sup>58</sup>

El retardo supone la provisional inejecución de la prestación y su presupuesto fundamental consiste en la posibilidad de que la prestación pueda ser ejecutada, si bien de manera tardía (retardada). La doctrina italiana tradicional no considera posible imaginar hipótesis en las cuales la inejecución de una obligación negativa no presente la característica de «definitiva».<sup>59</sup> Giorgianni señala que existen obligaciones respecto

<sup>57</sup> PALAU RAMÍREZ, Felipe y otros. «Presupuesto y efectos de la mora». En *Tratado sobre la morosidad*. Felipe Palau Ramírez y Javier Viciano Pastor. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 80.

<sup>58</sup> QUERCI, Agnese. «Inadempimento e obbligazioni negative». En *Ob. cit.*, p. 306.

<sup>59</sup> Algunos autores italianos han criticado esta idea considerando que sí es posible imaginar hipótesis en las cuales la inejecución de una obligación negativa no presente la característica de definitiva (Querci cita a Bianca que reporta el ejemplo del deudor que, inejecutando su prestación de no competencia, abre un negocio; en tal caso siempre es posible que él pueda dejar de seguir compitiendo. Ver

de las cuales no se puede verificar una situación de retardo a causa de su propia estructura: se trata de las obligaciones negativas. De acuerdo con el autor italiano, en estas obligaciones no puede haber retardo en la ejecución ni ejecución tardía puesto que si el deudor realiza el acto que se obligó a no ejecutar, él incurre en «incumplimiento». Así, en las obligaciones negativas no puede haber sino «cumplimiento» o «incumplimiento».<sup>60</sup>

No obstante, en la doctrina nacional Osterling Parodi,<sup>61</sup> Castañeda,<sup>62</sup> León Barandiarán<sup>63</sup> y Cornejo<sup>64</sup> niegan la procedencia de la mora en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer en términos absolutos.

Una posición particular es la aceptada por Cárdenas Quirós,<sup>65</sup> quien si bien admite la procedencia de la mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer cuando se «empieza a no hacer», niega que las disposiciones del Código Civil sobre la mora sean de aplicación a las obligaciones con prestación negativa. Al respecto, Cárdenas Quirós señala: «[...] de algunos de sus preceptos puede concluirse que ha sido descartada la posibilidad de que proceda la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer».<sup>66</sup> En efecto, de acuerdo con el jurista nacional cuando el artículo 1160, suprime la remisión del

---

QUERCI, Agnese. «Inadempimento e obbligazioni negative». En *Ob. cit.*, p. 307).

<sup>60</sup> GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento. Corso di diritto civile. Ob. cit.*, p. 88.

<sup>61</sup> OSTERLING PARODI, Felipe. «La mora del deudor». En *Ob. cit.*, p. 56.

<sup>62</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Ob. cit.*, p. 93.

<sup>63</sup> LEÓN BARANDIARÁN, José. *Comentarios al Código Civil*. Buenos Aires: Ediar, 1954, tomo II, 2.<sup>a</sup> edición, p. 66.

<sup>64</sup> CORNEJO, A. Gustavo. *Ob. cit.*, tomo II, vol. I, p. 271.

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. «Estudio preliminar comparativo y algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942». En *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Editorial Cuzco, 1986, p. 150, nota (79).

<sup>66</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «La mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer». En *Revista del Foro*. Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Enero-junio. Lima, 1988, año LXXV, n.º 1, p. 141.

segundo párrafo del 1154, referida a la constitución en mora del deudor, se estaría excluyendo las normas sobre la mora de las prestaciones de no hacer.

El artículo 1160 del Código Civil dispone:

Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157. (El subrayado es agregado).

Como puede observarse, el artículo citado es una norma de remisión y, como tal, para el caso de relaciones obligatorias con prestación de no hacer remite a ciertas disposiciones aplicables a las relaciones obligatorias con prestación de hacer. De la parte subrayada se advierte que al remitir al artículo 1154 sólo lo hace al primer párrafo, excluyendo el segundo párrafo, el cual, entonces, no sería de aplicación a las relaciones obligatorias con prestación de no hacer. El artículo 1154 señala:

Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda.

La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor. (El subrayado es agregado).

Apréciase que para las relaciones obligatorias con prestación de «no hacer», no se hace remisión al segundo párrafo del artículo 1154 que se refiere a la imposibilidad sobreviniente de la prestación después de constituido en mora del deudor. Resulta lógico que si para el legislador no cabe la mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer, no resulte de aplicación tal supuesto.

No obstante, deben advertirse algunas contradicciones del legislador en el artículo 1158 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente:

El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

1. Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor.
3. Dejar sin efecto la obligación». (El subrayado es agregado).

En efecto, el artículo 1158 del Código Civil recoge los remedios aplicables en la hipótesis de «no prestación» de una prestación de no hacer por culpa del deudor. Y como primer remedio señala: «exigir la ejecución forzada».

Cuando se produce la inexecución de la prestación por parte del deudor, pero el acreedor mantiene interés en la ejecución de la prestación, aun si tardía, entonces, el acreedor requiere contar con un remedio que, precisamente, le permita forzar al deudor la ejecución de la prestación. Así, ante la falta de cooperación del deudor, el acreedor puede exigirle el cumplimiento directamente (pretensión material) o por medio del órgano jurisdiccional o arbitral (pretensión procesal), bastando para ello que la prestación sea posible.

Ya en el órgano jurisdiccional (o en sede arbitral) no sería suficiente obtener una resolución judicial (o laudo arbitral) que ampare la pretensión de cumplimiento del acreedor, además, son necesarios mecanismos que permitan a la autoridad judicial exigir al deudor la ejecución de la prestación debida,<sup>67</sup> esto es lo que se conoce como «ejecución forzada»; así, en este sentido, el inciso 1 del artículo 1219 del Código Civil faculta al acreedor a emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

---

<sup>67</sup> El primer párrafo del artículo 715 del Código Procesal Civil señala: «El mandato de ejecución contiene la exigencia al ejecutado para que cumpla con su obligación dentro de un plazo de tres días, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada».

Hablamos de ejecución forzada en un sentido estricto para referirnos a aquellos mecanismos que permiten la realización de la cooperación debida o, lo que es lo mismo, la «ejecución en forma específica», sea por el propio deudor o mediante la intervención de un tercero.

Entonces, si no cabe «retardo» en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer, ¿cómo es posible recurrir a la ejecución forzada? Evidentemente, el legislador incurre en una contradicción.

Finalmente, si bien a las relaciones obligatorias con prestación de no hacer no resulta de aplicación el segundo párrafo del artículo 1154; cabe preguntarse si resulta de aplicación el artículo 1336, el cual dispone:

El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente». (El subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, el artículo 1336 (regulado en el capítulo de la mora) comprende la hipótesis de la imposibilidad sobreviniente luego de la constitución en mora del deudor. En tal sentido, si bien resulta evidente que para el legislador no cabe el retardo en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer y que ha pretendido ser coherente con dicha posición con la remisión sólo al primer párrafo del artículo 1154, no resulta claro que haya podido excluirlo del Código Civil —el retardo y, por tanto, la mora— como sostiene Cárdenas Quirós.

### **3.2. *La carga de la prueba del incumplimiento en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer***

En las obligaciones negativas el crédito nace de por sí satisfecho, tomándose en consideración su sucesiva lesión; por tanto, pesa sobre el acreedor probar la lesión del interés crediticio. Por otro lado, el incumplimiento de dichas relaciones obligatorias negativas integra un hecho positivo y no uno negativo como ocurre en el caso de las relaciones obligatorias con prestación de dar y hacer.<sup>68</sup>

### **3.3. *La carga de la prueba del incumplimiento en la «obligación de comportarse de buena fe»***

En algunos casos el demandante pretende, citando el artículo 1362 del Código Civil, que se le indemnice por los daños y perjuicios que el demandado le ha causado por haber actuado de mala fe durante la ejecución del contrato. Como ya se ha visto, corresponde al demandante probar la existencia de la obligación. No obstante, cabe preguntarse, ¿qué obligación es la incumplida? ¿La de ejecutar el contrato según las reglas de la buena fe? Veamos.

Efectivamente, conforme al artículo 1362 del Código Civil, el contrato debe ser ejecutado (no sólo negociado y celebrado) según las reglas de la buena fe. En este rol la buena fe asume el sentido de buena fe en sentido objetivo; es decir, como señala Bianca como regla de conducta a la cual deben atenerse las partes del contrato.<sup>69</sup>

En estricto, el principio de la buena fe objetiva en la ejecución del contrato cumple diversas funciones: 1) como fuente de deberes espe-

<sup>68</sup> En el caso italiano ver QUERCI, Agnese. «Inadempimento e obbligazioni negative». En *Ob. cit.*, p. 315.

<sup>69</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 473. GALLO, Paolo. *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*. Padova: UTET, 2014, seconda edizione, tomo 3, p. 604.

ciales de conducta durante el vínculo contractual, cargas u obligaciones anexas o instrumentales; 2) como causa limitadora del ejercicio abusivo de derechos; y 3) como criterio de interpretación del contrato.<sup>70</sup>

La primera es la función creadora de obligaciones implícitas.<sup>71</sup> Se trata de obligaciones anexas (en términos de la doctrina alemana), accesorias (en términos de la doctrina francesa), instrumentales o secundarias.

La segunda función es una limitadora, dirigida a evitar el ejercicio abusivo de los derechos. En tal sentido, la buena fe obliga a los titulares de poderes discrecionales a ejercitar aquellos poderes con corrección y salvaguardando la utilidad de la contraparte.

Así, por ejemplo, en el ejercicio del receso *ad nutum*.<sup>72</sup> En el seno de los contratos de distribución, la doctrina y la jurisprudencia se refieren al «deber de confianza», que obliga al principal a no «recesar» (denunciar) el contrato antes de que haya transcurrido el plazo que razonablemente necesita el distribuidor para amortizar las inversiones que realizó.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> Ver al respecto LIMA MARQUES, Claudia y MIRAGEM, Bruno. «Nuevos principios del derecho contractual y la reconstrucción de la autonomía privada: buena fe objetiva y función social de los contratos en el derecho privado brasileño». En *Teoría general del contrato*. Homenaje al profesor doctor Ricardo L. Lorenzetti. Buenos Aires: La Ley, 2012, tomo I, p. 254. Gallo señala que la buena fe puede tener una función a) integrativa, b) limitativa y c) correctiva de la regulación contractual (GALLO, Paolo. *Ob. cit.*, p. 612).

<sup>71</sup> Al respecto, ver artículo 5.1 y 5.2 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit. Artículo 6:102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Comisión para el Derecho Europeo de los Contratos.

<sup>72</sup> Permítaseme remitirme a BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: a propósito del artículo 1786». En *Advocatus*, 2009, n.º 19, pp. 291-321.

<sup>73</sup> PAZ-ARES, Cándido. «La terminación de los contratos de distribución». En *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Agosto de 2003, n.º 8, p. 53.

La tercera es la función interpretadora. De acuerdo con lo establecido en el artículo 168 del Código Civil peruano: «El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe». La regla de la interpretación según el principio de buena fe ha generado discusión en la doctrina. En efecto, un sector la ubica dentro de las reglas de interpretación subjetiva mientras que otro, dentro de las reglas de interpretación objetiva.<sup>74</sup> Para Diener la interpretación de buena fe, en realidad, no se ubica dentro de ninguna de las dos reglas, sino que anima toda la operación interpretativa.<sup>75</sup>

Para efectos del presente ensayo nos interesa la función creadora. La regla de la ejecución del contrato según buena fe da base a considerar a ésta como fuente de integración del contrato<sup>76</sup> y, en tal sentido, se debe afirmar que el contrato obliga a las partes no sólo a cuanto en él se ha expresado (obligaciones expresas) sino también a las obligaciones se derivan de la ley, de los usos y de la buena fe (obligaciones implícitas). En otras palabras, las obligaciones de las partes no se limitan a lo expresamente estipulado en el contrato.

---

<sup>74</sup> ROPPO considera que se trata de una regla objetiva, así ver ROPPO, Vincenzo. «Il contratto». En *Trattato di diritto privato, a cura di Giovanni Iudica y Paolo Zatti*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 476. En la doctrina nacional Fernández Cruz la ubica como una regla subjetiva (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». En *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del código civil italiano (1942-2002)*. Lima: ARA, 2003, p. 758).

<sup>75</sup> DIENER, María Cristina. *Il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 470. En este mismo sentido, CARRESI, Franco. «Il Contratto». En *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1987, XXI, tomo 2, p. 519.

<sup>76</sup> Como señala Díez-Picazo: «Se puede hablar, entonces, de una integración del contrato, para aludir a la objetiva construcción del conjunto de la reglamentación contractual, atendiendo a cada una de las fuentes de que las diferentes reglas contractuales pueden proceder» (DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996, 5.ª edición, volumen primero, p. 359). Ver también FALCO, Gianluca. *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 181. UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Torino: Giapichelli Editore, 2004, p. 113.

En concreto, como ya se adelantó, la función integradora de la buena fe importa que la misma deba considerarse fuente de obligaciones autónomas e instrumentales que se colocan al lado de las obligaciones principales que surgen del contrato. Como señala Falco, la buena fe en la ejecución del contrato se convierte en la fuente de prestaciones accesorias respecto a aquellas contractuales; si bien el contrato no lo prevé, la parte está obligada según buena fe a cumplir con aquellos actos jurídicos o materiales que se hacen necesarios para salvaguardar la utilidad de la contraparte, siempre que se trate de actos que no importen un apreciable sacrificio.<sup>77</sup>

Las consecuencias de la violación de la buena fe integradora son, por regla general, aquéllas relacionadas al incumplimiento contractual. En otras palabras, la violación del deber de buena fe en la ejecución del contrato (deber de buena fe *in excutivis*) constituye de por sí «incumplimiento» y puede conllevar la obligación de resarcir los daños que se deriven o, incluso, la resolución por incumplimiento. En tal sentido, no sólo califica como incumplimiento la violación del deber (primario) de prestación, sino también la violación de las obligaciones, accesorias e instrumentales derivadas del principio de la buena fe.<sup>78</sup>

La buena fe en la ejecución del contrato se especifica como lealtad de comportamiento (*fair play*) y salvaguardia de los intereses de la contraparte. La buena fe objetiva obliga a cada una de las partes a comportarse de tal manera que no perjudique; y, más bien, a salvaguardar el interés razonable de la contraparte, siempre que ello no importe un apreciable sacrificio.<sup>79</sup>

<sup>77</sup> FALCO, Gianluca. *Ob. cit.*, p. 182.

<sup>78</sup> En este sentido, ver CAPOBIANCO, Ernesto. «La determinazione del regolamento». En *Trattato del contratto. A cura di Giuseppe Vettori*. Milano: Giuffrè, 2006, tomo II, pp. 424 y ss.

<sup>79</sup> En este sentido, ROPPO, Vincenzo. «Il contratto». En *Ob. cit.*, pp. 497. BIANCA, Massimo. *Diritto civile. Ob. cit.*, tomo 3, p. 477.

Como bien señala Bianca, la buena fe objetiva no impone un comportamiento de contenido preestablecido, es una cláusula general que requiere comportamientos diversos, positivos u omisivos, en relación a las concretas circunstancias de actuación de la relación.<sup>80</sup> En tal sentido, es necesario encontrar la regla no escrita del texto del contrato.

Si bien la casuística jurisprudencial extranjera y la doctrina han ayudado a individualizar con mayor precisión los posibles ámbitos en los cuales opera la buena fe integradora,<sup>81</sup> debe tenerse presente que debe analizarse en cada circunstancia de actuación de la relación contractual si la buena fe objetiva obliga a la parte a realizar un determinado comportamiento positivo o negativo, instrumental respecto a la consecución de la finalidad del contrato y a la realización del programa contractual.

Respecto a la obligación de salvaguarda, Bianca señala los siguientes comportamientos típicos de buena fe:<sup>82</sup> a) ejecución de prestaciones no previstas; b) modificaciones del propio comportamiento; c) tolerancia a las modificaciones de la prestación de la contraparte; d) avisos; y e) ejercicios de poderes discrecionales.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la buena fe como fuente de obligaciones implícitas no puede llevarse a extremos, así, por ejemplo, no es posible considerar que el deudor está obligado a cumplir con su prestación a favor del acreedor y que, en caso de no hacerlo, se estaría violando la obligación de ejecutar el contrato conforme a las reglas de la buena fe. En este sentido, Cattaneo señala: «Sarebbe altrettanto errato asserire che dal dovere di buona fede deriva l'obbligo di adempire le proprie obbligazioni».<sup>83</sup>

<sup>80</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile. Ob. cit.*, tomo 3, p. 474.

<sup>81</sup> Ver al respecto ROPPO, Vincenzo. «Il contratto». En *Ob. cit.*, pp. 495 y ss. BIANCA, Massimo. *Diritto civile. Ob. cit.*, tomo 3, pp. 479 y ss.

<sup>82</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile. Ob. cit.*, tomo 3, pp. 479 y ss. Ver también GALLO, Paolo. *Ob. cit.*, p. 626.

<sup>83</sup> «Sería errado afirmar que del deber de buena fe deriva la obligación de cumplir las propias obligaciones». (CATTANEO, Giovanni. *La cooperazione del creditore*

En tal sentido, no se trata de que el demandante atribuya al demandado el incumplimiento de su obligación de ejecutar el contrato conforme a las reglas de la buena fe previstas en el artículo 1362 del Código Civil. El demandante debe determinar cuál es la obligación que el principio de buena fe ha generado y que el demandado habría incumplido. Corresponderá al intérprete determinar la existencia de tal obligación. Esto, obviamente, supone el riesgo de posibles abusos de parte del intérprete.<sup>84</sup>

Para evitar posibles distorsiones, siempre posibles cuando se trata de conceptos de tanta vaguedad como la buena fe integrativa<sup>85</sup> (puesto que no produciría obligaciones contractuales específicas y determinadas en su contenido), en Alemania y en Italia se ha difundido la idea de relacionarlas a los principios y valores de la Constitución. No obstante, debe tenerse en cuenta que la mayoría de veces las lagunas contractuales se refieren a aspectos de detalle que tienen poco que hacer con el plano de los principios constitucionales.<sup>86</sup>

---

*all'adempimento*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 61). Asimismo, el concepto de «buena fe» no debe ser confundido con el de «diligencia». Los dos conceptos se mueven sobre dos planos distintos: por un lado el plano de las obligaciones accesorias al cumplimiento, por el otro al de la modalidad del cumplimiento a fines de un eventual juicio de responsabilidad del deudor (GALLO, Paolo. *Ob. cit.*, p. 610).

<sup>84</sup> Gallo coloca como ejemplo de estos abusos que enmascaran, en realidad, decisiones políticamente orientadas el caso en la Alemania nazi en que se consentía la terminación del contrato de arrendamiento estipulado con un judío (GALLO, Paolo. *Ob. cit.*, p. 610). También ver UDA, Giovanni Maria. *Ob. cit.*, p. 119.

<sup>85</sup> Respecto a la vaguedad de la buena fe integrativa ver UDA, Giovanni Maria. *Ob. cit.*, p. 150.

<sup>86</sup> GALLO, Paolo. *Ob. cit.*, p. 611.



## *NO PAIN, NO GAIN: NUEVE PROPUESTAS PARA MEJORAR EL FUTURO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL*

*José María de la Jara\**  
*Julio Olórtégui\*\**

Sumario: I. Los tres retos del arbitraje internacional.— II. Primer reto: identificar a los mejores árbitros.— III. Segundo reto: Los procesos no son lo suficientemente rápidos.— IV. Tercer reto: aún existe espacio para mejorar el procedimiento de toma de decisiones y el producto que emite.

### **I. LOS TRES RETOS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL**

La idea del arbitraje como una jurisdicción excepcional frente a las cortes nacionales ha quedado atrás. Hoy en día, las empresas lo consideran el principal mecanismo para resolver sus conflictos. Así, los papeles se han invertido: el proceso arbitral se ha convertido en la regla general para resolver las grandes controversias, mientras que los jueces son llamados excepcionalmente.

Ahora, si bien este mecanismo sigue manteniendo las principales características que lo han hecho tan popular (permitir a las partes elegir a sus propios juzgadores, flexibilidad y celeridad, emitir una decisión vinculante que no admite cuestionamiento de fondo), también es cierto que

---

\* Asociado de Bullard Falla Ezcurra +, Director Ejecutivo y Director de la Unidad de Persuasión y Justicia de PsychoLAWgy.

\*\* Asociado de Bullard Falla Ezcurra + y Analista de la Unidad de Psicología del Consumidor de PsychoLAWgy. Alumno de *Arbitration Academy* (París) 2016-2017.

dichas cualidades se han convertido ya en un *estándar*. ¿Cuál es el problema? Que el mercado no busca servicios estándar, sino servicios VIP.

Así pues, el arbitraje en la actualidad se encuentra frente a la difícil tarea de superarse a sí mismo para poder responder a las exigencias cada vez más altas de sus usuarios. Los autores hemos identificado principalmente tres retos que enfrenta el arbitraje para mejorar como procedimiento de resolución de conflictos.

El primer reto: *identificar a los mejores árbitros*. Elegir un árbitro que no cumpla con sus expectativas es un error que las partes no pueden darse el lujo de cometer. Pero, para poder seleccionar de forma correcta a un árbitro, es necesario contar con información, la cual en muchos casos es difícil de obtener. Para superar este problema, el presente artículo presenta cuatro propuestas.

El segundo reto: *conseguir que los arbitrajes sean aún más céleres*. Si bien el arbitraje sigue siendo más rápido que las cortes nacionales, la sofisticación de las relaciones comerciales hace inviable que las partes se encuentren inmersas en conflictos por largos periodos. No hay que olvidar que quienes usan al arbitraje son comerciantes; el arbitraje no es su rubro de negocios. El presente artículo presenta tres propuestas para superar este reto.

El tercer desafío: *mejorar el proceso deliberativo y la calidad de las decisiones*. Las partes pactan que sus controversias sean resueltas por un cuerpo colegiado con la finalidad de que la decisión sea la mejor posible. El problema es que en muchas oportunidades no se logra este objetivo, ya sea por desorganización o por problemas al interior del tribunal. Para superar este problema, presentamos dos propuestas.

A continuación discutiremos sobre cada uno de estos retos y nueve propuestas para superarlos, con la finalidad de obtener un mejor proceso arbitral que se adapte a las exigencias del mercado.

## II. PRIMER RETO: IDENTIFICAR A LOS MEJORES ÁRBITROS

El arbitraje es una criatura del consenso. Esto es un cambio sustantivo. Implica reconocer que las partes tienen el poder de desprenderse de las falencias de la justicia ordinaria y de la asignación de juzgadores en base a materia, turno y grado.

De esta manera, las partes toman control sobre el destino de sus controversias. Son ellas quienes moldean el proceso dependiendo de sus expectativas y, especialmente, deciden quiénes estarán encargados de decidir sobre las controversias que podrían surgir en el futuro.

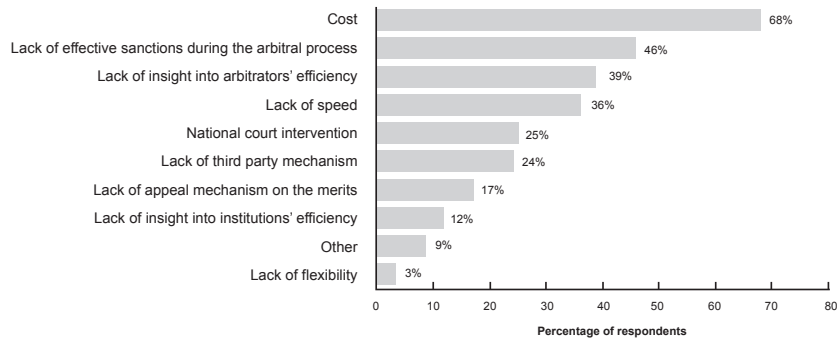
Esta renuncia no es gratuita. *Las partes asumen el riesgo de sus decisiones y, específicamente, el riesgo de nombrar a un tribunal que no esté a la altura de sus expectativas.* Como señalan Redfern y Hunter, *la calidad del tribunal arbitral hace o quiebra el proceso.*<sup>1</sup>

No existe —ni debería existir— un recurso para desistirse a mitad del proceso de una designación equivocada. Si el árbitro nombrado carece de tiempo, conocimiento, experiencia o habilidades para administrar el proceso, a la parte que realizó tal nombramiento sólo le queda *ir a llorar al río.*

Al respecto, la encuesta del 2015 de *White & Case* y *Queen Mary University of London* (en adelante, el Reporte del 2015) preguntó cuáles eran las características del arbitraje internacional más repudiadas del arbitraje internacional.<sup>2</sup> Las respuestas reflejan que existe una *demandada por mayor información sobre los árbitros:*

<sup>1</sup> Traducción libre de: «It is above all the quality of the arbitral tribunal that makes or breaks the process». REDFERDN, Alan y Martin HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet and Maxwell, 1999, p. 190.

<sup>2</sup> White & Case y Queen Mary University of London. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 7. Ésta se puede consultar en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

**Chart 3: What are the three worst characteristics of international arbitration?**

En concreto, la falta de conocimiento previo sobre la eficiencia de los árbitros fue elegida como la tercera peor característica del arbitraje internacional. Ello, además, tiene impacto directo en el costo y la lentitud de los procesos (primera y cuarta característica, respectivamente).

En ese sentido, el reporte muestra que no hay correspondencia entre el mayor costo del arbitraje y los beneficios que ofrece. Si el proceso arbitral va a exigir un mayor desembolso de dinero, las partes requieren que éste sea más efectivo (sanciones durante el proceso) y eficiente (mayor rapidez).

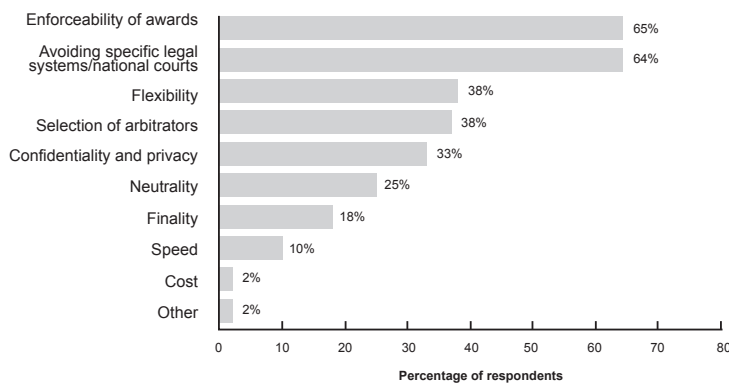
En realidad, esta reacción significa que *las partes quieren reducir los riesgos que asumen al designar a un tribunal arbitral*. Ya no quieren confiar a ciegas en los árbitros; demandan tener más información sobre su eficiencia, su historial y sus habilidades de manejo del proceso.

En nuestra opinión, las siguientes cuatro propuestas ayudarían a resolver el problema de asimetría informativa entre los usuarios del arbitraje, democratizando el acceso a la data, permitiendo que nuevos árbitros se introduzcan al mercado con mayor facilidad y que los malos elementos sean identificados y separados con mayor rapidez.

### ***Primera propuesta: mayor transparencia sobre conflictos de intereses***

La confidencialidad es reconocida como una de las características principales del arbitraje. De hecho, ello fue confirmado por el 33% de los participantes del Reporte del 2015:<sup>3</sup>

**Chart 2: What are the three most valuable characteristics of international arbitration?**



Los resultados de ésta son consistentes con los obtenidos en la encuesta del 2010 de *White & Case* y *Queen Mary University of London* (el Reporte del 2010), donde el 65% de los participantes señaló que la confidencialidad es una característica «muy importante», mientras que el 50% respondió que el arbitraje es confidencial aun si no existe una provisión expresa que lo indique.<sup>4</sup>

Pese a esto, una de las principales preocupaciones de la comunidad internacional hoy en día es promover mayor transparencia en el arbi-

<sup>3</sup> White & Case y Queen Mary University of London. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 6. Ésta se puede consultar en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

<sup>4</sup> White & Case y Queen Mary University of London. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, p. 29. Puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>.

traje internacional. A simple vista, ello podría parecer contradictorio. ¿Cómo se puede promover la transparencia sin minar la confidencialidad del arbitraje?

A inicios del presente año, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) dio un paso importante para encontrar ese balance. En concreto, *la nueva política de la CCI consiste en publicar la información de los casos que administra*; es decir, quiénes son los árbitros de cada caso, sus nacionalidades, si es que éstos fueron elegidos por la parte o designados por la corte.<sup>5</sup>

Esta medida, que está vigente y se viene aplicando con éxito desde junio del 2016,<sup>6</sup> brinda a las partes mayor información respecto a (i) los casos CCI en los que están los árbitros que desean designar y, especialmente, (ii) mayor información para evaluar posibles conflictos de intereses respecto a la participación de árbitros en varios procedimientos.

De esta forma, la medida de la CCI presenta un interesante balance entre la transparencia y la confidencialidad del arbitraje internacional. Vale la pena resaltar que de acuerdo a los resultados del Reporte del 2010, la información publicada por la CCI no se encuentra dentro de la información que a las partes les importa que sea confidencial.<sup>7</sup>

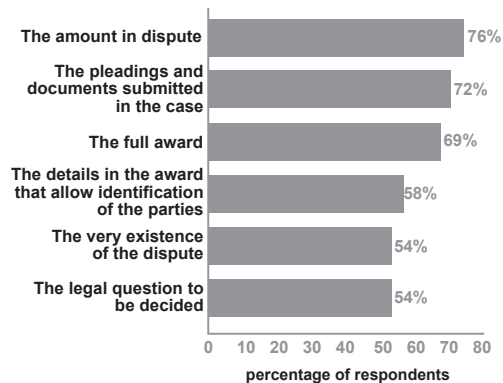
---

<sup>5</sup> ICC Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency. Esta noticia puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>.

<sup>6</sup> ICC begins publishing arbitrator information in drive for improved transparency. Esta noticia puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-begins-publishing-arbitrator-information-in-drive-for-improved-transparency/>.

<sup>7</sup> White & Case y Queen Mary University of London. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, p. 31. Puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>.

**Chart 29: Top aspects of the arbitration that should be kept confidential (based on multiple responses)**



Consideramos que aplicar una medida similar traería consecuencias positivas en el Perú. Si bien nuestra ley de arbitraje contiene un artículo que señala de forma expresa que el arbitraje es confidencial,<sup>8</sup> hacer pública la misma información que hoy en día publica la CCI no iría en contra de esta provisión.<sup>9</sup> Una medida como ésta debe ser imitada.

<sup>8</sup> Decreto Legislativo n.º 1071, artículo 51.

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 las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas 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 público 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.
3. En todos los arbitrajes regidos por este decreto legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

<sup>9</sup> El artículo 51 de la ley de arbitraje es claro al señalar que la confidencialidad se guarda respecto al curso de las actuaciones arbitrales, el laudo y la información

### ***Segunda propuesta: revelaciones más amplias sobre las habilidades de los árbitros***

Antes de designar a un árbitro, sería útil conocer si apoya la celebración de «audiencias ómnibus», qué tan permisivo es para los interrogatorios cruzados, cuánto tiempo en promedio demora en redactar el laudo, entre otras preferencias procedimentales y habilidades para manejar el caso.

Sin embargo, en la actualidad simplemente *no existe una manera confiable de obtener dicha información*. Como resultado, las partes y los estudios de abogados buscan y se basan en información transmitida de boca en boca sobre el desempeño de los tribunales. En ese sentido, Vidak-Gokjovic, Greenwood y McIlwrath señalan que:

Ante la ausencia de alternativas, las partes se ven forzadas a recurrir a información anecdótica transmitida de boca en boca, canales poco fiables y filtros dudosos. Se otorga en secreto información limitada que a menudo no es verificada, complementada con datos y que con frecuencia son estériles o que simplemente fueron extraídos sin mayor atención de un currículum.<sup>10</sup>

Este tipo de búsqueda es sumamente *subjetivo*. La información recabada suele ser anecdótica y refleja sólo una versión de la historia. Además, la apertura para compartir información sensible —que es *justamente* el tipo de datos que resultan más relevantes— depende de la confianza que existe entre el que responde y quien realiza la indagación.<sup>11</sup>

---

que se obtenga de éstas. Que los centros de arbitraje publiquen el nombre de los árbitros, sus nacionalidades y si éstos fueron designados por las partes o por la corte de arbitraje no contraviene dicha disposición.

<sup>10</sup> VIDAK-GOKJOVIC, Ema, Lucy GREENWOOD y Michael MCILWRATH. «Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Puppies or Kittens? How to Better Match Arbitrators to Party Expectations». En KLAUSEGGER, Christian, *et al* (ed.). *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2016, p. 64.

<sup>11</sup> ROGERS, Catherine. «Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Transparency in Arbitrator Selection. The Arbitrator and the Arbitration

Asimismo, este mecanismo *demand*a mucho tiempo. Al ser considerado un favor, es aconsejable que la pregunta se realice a través de una llamada telefónica. De esta manera, además, se otorga mayor libertad para opinar (las palabras se las lleva el viento, el texto en un e-mail queda grabado para siempre). Así pues, preguntar sobre el desempeño del árbitro en cuestión requiere llamar a distintas personas, hacer *small talk* con cada una de ellas, responder preguntas vinculadas o no vinculadas que puedan tener (no todo es gratis)... y todo ello sin la seguridad de que la persona al otro lado de la línea tiene información valiosa, reciente, imparcial y, en realidad, sin siquiera saber si ha tenido la oportunidad de ver al árbitro en la cancha.

Frente a ello, Vidak-Gojkovic, Greenwood y Mcilwrath proponen que los árbitros deberían llenar un *cuestionario* antes de ser incorporados a los centros arbitrales.<sup>12</sup> En éste se daría la posibilidad a los árbitros de revelar, si así lo desean, sus preferencias sobre el manejo del proceso, en una escala del uno al cinco (donde uno es «siempre» y cinco es «nunca»).<sup>13</sup> De esta manera, los usuarios del arbitraje tendrían la posibilidad de conocer mejor a los potenciales árbitros y así tomar una decisión más informada.<sup>14</sup>

---

Procedure, Transparence in Arbitrator Selection». En KLAUSEGGER, Christian et al (ed.). *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2016, p. 79.

<sup>12</sup> Esto también podría ser replicado en los organismos que no tienen lista de árbitros, como la Cámara de Comercio Internacional —CCI—. Para ello, bastaría que cada árbitro incluya el formulario en la página web de su estudio o en su perfil de LinkedIn.

<sup>13</sup> VIDAK-GOJKOVIC, Ema, Lucy GREENWOOD y Michael MCLWRATH. «Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Puppies or Kittens? How to Better Match Arbitrators to Party Expectations». En KLAUSEGGER, Christian, et al (ed.). *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2016, pp. 69-71.

<sup>14</sup> Conviene destacar otra propuesta interesante, pero que, por el momento, nos parece más difícil de implementarse: que los árbitros tomen *tests* de personalidad para poder tener información sobre su compatibilidad con distintos coárbitros. Ver MICHAELSON, Peter. *Enhancing arbitrator selection: using personality screening to supplement conventional selection criteria for tripartite arbitration tribunals*. Este texto puede ser consultado en el siguiente enlace: [http://www.mandw.com/PUBLICATIONS/CIArb%20-%20Enhancing%20Arbitrator%20Selection%20\(2010%20-%202076%20Arbitration%2098--112\).pdf](http://www.mandw.com/PUBLICATIONS/CIArb%20-%20Enhancing%20Arbitrator%20Selection%20(2010%20-%202076%20Arbitration%2098--112).pdf).

Tomando como base dichas preguntas, en el Anexo 1 de este artículo proponemos un cuestionario de veintidós preguntas respecto a las preferencias de los árbitros sobre cinco asuntos: (i) elección del tribunal, (ii) disponibilidad de tiempo y método de trabajo, (iii) estilo de decisiones, (iv) pruebas y audiencias y (v) deliberación y emisión de laudo.

Las respuestas a estas preguntas (y a otras que el mercado demande) permiten disminuir los riesgos que asumen las partes al designar a árbitros sin contar con información suficiente. Esto permite acercar las expectativas de las partes al servicio que realmente reciben, incrementando su satisfacción con el sistema arbitral, así como acelerar el filtro de los malos elementos del arbitraje (quienes se verían obligados a no declarar o mentir en los formularios —lo cual llevaría a airadas quejas por parte de quienes lo designen— y, eventualmente, a destierro al lado oscuro del arbitraje).

### ***Tercera propuesta: entrevistas más profundas***

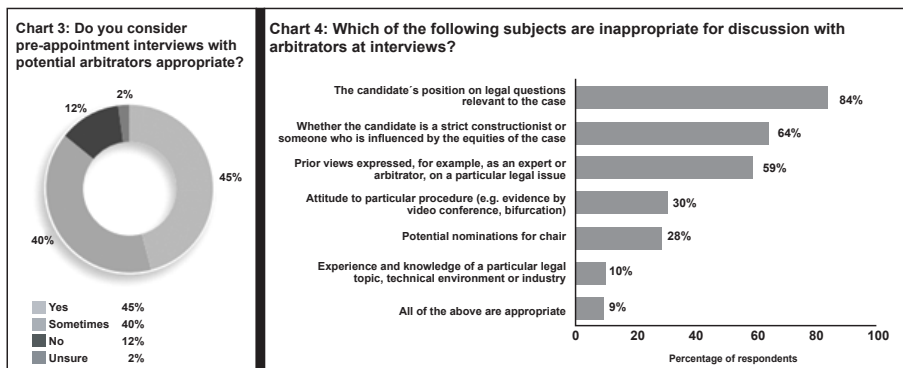
La entrevista con los posibles candidatos es un mecanismo alternativo para obtener información sobre los árbitros. Aquélla permite moldear la conversación a las respuestas del árbitro y, por tanto, promete una visión más profunda de sus habilidades.

Sin embargo, la entrevista demanda *más tiempo*, implica un *contacto personal* que puede ser interpretado como un nombramiento casi asegurado (y una consecuente molestia si tal designación nunca llega) y puede *incomodar* a algunos árbitros.

De hecho, según el Reporte del 2012 de *White & Case* y *Queen Mary University of London* (en adelante, el Reporte del 2012), hasta 40% de los encuestados cree que solo *a veces* es apropiado tener entrevistas previas, mientras que 12% considera que *no* deberían llevarse a cabo. Notablemente, solo el 70% de entrevistados en Latinoamérica

declararon haber tenido experiencia con entrevistas previas, frente a un 87% de profesionales de Norte América.<sup>15</sup>

Asimismo, no todos los usuarios del arbitraje —incluyendo a los árbitros— tienen claro qué asuntos pueden ser tratados en una entrevista. Al respecto, el mismo reporte de *White & Case* refleja que, por ejemplo, 64% de los encuestados creen que es inapropiado preguntarle al árbitro si es un constructor o alguien influenciado por la equidad, 30% considera que no puede existir una discusión sobre sus preferencias procedimentales (por ejemplo, sí aceptaría audiencias por video-conferencia) y, notablemente, 28% cree que no está permitido conversar sobre potenciales nominados a presidente. En nuestra opinión, estos tres temas sí podrían ser materia de discusión en una entrevista.<sup>16</sup>



Por todo lo anterior, consideramos que el futuro del arbitraje depende también de un mayor uso de las entrevistas previas, así como de una mayor apertura de los árbitros frente a ellas. Así pues, creemos que

<sup>15</sup> White & Case y Queen Mary University of London. *2012 Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, p. 6. Ésta puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>.

<sup>16</sup> White & Case y Queen Mary University of London. *2012 Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*, pp. 6-7. Ésta puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>.

el cuestionario (Anexo 1) también podría ser utilizado como una guía para entrevistas previas. Ello permitiría satisfacer las expectativas del mercado de disminuir los riesgos asumidos por las partes, pudiendo conocer mejor las preferencias procedimentales, conductuales e ideológicas de los árbitros.<sup>17</sup>

#### ***Cuarta propuesta: feedback y ranking de desempeño***

Las partes podrían tomar decisiones más informadas al elegir a un árbitro para que resuelva la controversia si tuvieran a su disposición cuestionarios sobre las preferencias procedimentales y la posibilidad de llevar a cabo una entrevista previa en la que puedan realizar preguntas sobre dichas particularidades sin generar incomodidades. Sin embargo, y al menos hasta que los centros de arbitraje no tomen una posición firme sobre los cuestionarios como filtro previo para incorporar árbitros a sus listas, el éxito de dichas medidas depende, finalmente, de la disponibilidad, apertura y honestidad de los árbitros en cuestión.

Por ello, creemos que las medidas mencionadas deben ser complementadas con *feedback* de los usuarios sobre su experiencia con distintos árbitros. Actualmente, dicha información es conocida únicamente por quienes formaron parte del arbitraje e, indirectamente, por conversaciones informales.

En ese sentido, el primer paso consiste en liberar esa información, implementando mecanismos que permitan a las partes compartir su experiencia una vez que el proceso haya terminado. Ello ya ha sido implementado por el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong con distintos formularios de evaluación del desempeño del centro, así como del manejo del caso por parte de los distintos tipos de árbitros (árbitro de emergencia, árbitro único y tribunal arbitral). Sobre este último punto, el cuestionario permite a los usuarios calificar del 1 a 5 (i) la pre-

---

<sup>17</sup> Repetimos, el uso debe ser responsable: no debe aceptarse cualquier intento de conocer la opinión previa del árbitro respecto a la controversia.

paración y familiaridad de los árbitros con las leyes y reglas aplicables, (ii) su destreza para facilitar un proceso justo, neutral y efectivo, (iii) sus habilidades de organización y manejo del caso, (iv) su pericia para lidiar asuntos probatorios, (v) sus habilidades de comunicación, (vi) su proceso de toma de decisiones y (vii) su evaluación general. El Anexo 2 de este artículo incluye el formulario para arbitrajes administrados y decididos por un tribunal arbitral.<sup>18</sup>

El futuro es aún más prometedor. *Arbitrator Intelligence*, dirigido por Catherine Rogers, está recolectando laudos y decisiones en todo el mundo.<sup>19</sup> De esta manera, esta iniciativa plantea democratizar el acceso a información crítica sobre la manera en que los árbitros toman decisiones, promover un procedimiento más seguro y eficiente de designación de árbitros e incrementar la visibilidad de nuevos jugadores. De hecho, al día de hoy, *Arbitrator Intelligence* cuenta ya con más de 1,360 laudos. Como muestra el siguiente mapa, el Perú es uno de los países que más ha contribuido:

---

<sup>18</sup> *Arbitration Evaluation Form*. HKIAC Administered Arbitration. [http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/Arbitration%20Evaluation%20Form%20-%20Administered%20%28parties%29.pdf](http://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/Arbitration%20Evaluation%20Form%20-%20Administered%20%28parties%29.pdf).

<sup>19</sup> Pueden revisar esta iniciativa en el siguiente enlace: <http://www.arbitratorintelligence.org/>.



Finalmente, en nuestra opinión, una propuesta que cambiaría radicalmente el sistema arbitral viene siendo promovida hace algunos años por Huáscar Ezcurra. En concreto, Ezcurra enfatiza la necesidad de facilitar el intercambio de información entre los usuarios del arbitraje a través de un mecanismo centralizado —lo llama *Arbitrator Advisor*— que permita que comparen sus experiencias y califiquen las distintas cualidades de los árbitros. Así, al igual que en *Trip Advisor*, las partes tendrían la oportunidad de comparar las distintas opciones con información de quienes ya tuvieron la experiencia, disminuyendo los costos de transacción y los riesgos que asumen al «comprar» la decisión de elegir a un árbitro en particular.

### III. SEGUNDO RETO: LOS PROCESOS NO SON LO SUFICIENTEMENTE RÁPIDOS

La celeridad es reconocida como una de las características del arbitraje frente a la solución de controversias ante las cortes nacionales. Sin embargo, la

sofisticación del arbitraje, la concentración de las designaciones en pocos árbitros (*repeat player effect*), la falta de incentivos suficientes para laudarse en menos tiempo y, en los últimos años, la «paranoia del debido proceso»<sup>20</sup> han causado que los procesos no sean tan rápidos como lo que las partes esperan.

Las siguientes propuestas se refieren a dicho problema.

***Quinta propuesta: limitar la extensión de la producción de documentos***<sup>21</sup>

El proceso de *discovery* y la producción de documentos permiten a las partes de un arbitraje internacional obtener información. Se cree que la nueva evidencia obtenida las conducirá a tomar conciencia de sus propias debilidades y fortalezas; y, por lo tanto, fomentará un acuerdo. Sin embargo, esto ocurre muy pocas veces. De hecho, si la extensión del procedimiento de producción de documentos no se adapta al conflicto específico, es posible que éste sólo cause una pérdida de tiempo y dinero a las partes.

En ese sentido, el Reporte del 2010 concluye que la entrega de documentos es la etapa que contribuye más a alargar los procesos arbitrales.<sup>22</sup> Como los abogados suelen cobrar por hora, entre más largo el arbitraje,

<sup>20</sup> La «paranoia del debido proceso» se refiere a la renuencia de los tribunales por actuar de manera decisiva, temiendo que el laudo sea cuestionado a través de una anulación por una supuesta vulneración al debido proceso. En ese sentido, ciertos árbitros tienden a favorecer continuas extensiones de plazos, admitir evidencia nueva al final del proceso o perdonar conductas de mala fe por parte de los abogados. White & Case y Queen Mary University of London. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 10. Ésta se puede consultar en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

<sup>21</sup> DE LA JARA, José María. *The irrationality of document production in international arbitration*. ICCA 2016. Este texto puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.youngicca-blog.com/the-irrationality-of-document-production-in-international-arbitration/#more-858>.

<sup>22</sup> White & Case. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*.

mayores serán los costos para el cliente. Asimismo, 64% de los encuestados por la investigación sobre arbitraje internacional llevada a cabo por Berwin Leighton Praisner (en adelante, el Reporte BLP) indica que la producción de documentos aumenta considerablemente los costos.<sup>23</sup>

Dado el tiempo que consume y los costos, sería de esperar que la producción de documentos tenga un impacto directo en el laudo. Éste no es el caso. De hecho, la información obtenida rara vez tiene un efecto importante en el resultado final. Así, en el Reporte del 2012,<sup>24</sup> 41% de los encuestados dijeron que la revelación de información afectó el laudo de 0 a 2.5 veces de cada diez casos que tuvieron en los últimos cinco años, mientras que sólo 8% de los encuestados del Reporte BLP sintieron que este procedimiento contribuyó de manera significativa a un resultado favorable.

Entonces, la evidencia demuestra que *la revelación de información podría ser más eficiente*. Es más, el intercambio de documentos entre las partes no siempre puede ayudar a alinear su percepción sobre debilidades y fortalezas de sus propios casos. De hecho, la evidencia psicológica sugiere que el sesgo de confirmación en el procedimiento de producción de documentos, podría llevar a un exceso de confianza, polarización, e incluso llevaría a las partes a separarse y alejarlas de resolver el caso.

Por esta razón, proponemos realizar el siguiente examen de tres pasos antes de sumergirse en un procedimiento de producción de documentos:

- (1) *Examen de Necesidad. ¿Mi cliente realmente necesita una etapa de producción de documentos? De ser así, ¿qué tan extensa debe ser? ¿Existe alguna alternativa?*

---

<sup>23</sup> Berwin Leighton Praisner International Arbitration research based report on perceptions of document production in the arbitration process.

<sup>24</sup> White & Case y Queen Mary University of London. *2012 Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. Ésta puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>.

Para prevenir el choque cultural y reducir la incertidumbre sobre la extensión de la etapa de producción de documentos,<sup>25</sup> el equipo que redacte el convenio arbitral debe evaluar si las Reglas IBA sobre la obtención de pruebas en arbitraje internacional («Reglas IBA») podrían ser incluidas dentro de la redacción del convenio arbitral. El estándar propuesto por estas reglas («relevantes para el caso y sustanciales para su resolución») es ampliamente aceptado y es más probable que sea aceptado antes de que surja una controversia.

Luego, el gerente legal de la empresa debe decidir si es conveniente contratar a un equipo de litigio externo. Un litigante tiene la experiencia para decidir qué evidencia recopilar antes de que la controversia surja, reduciendo la necesidad de una etapa de producción de documentos. Además, un equipo de litigio sabe cómo proteger la confidencialidad de información privada y personal (ej., privilegio abogado-cliente), cómo prevenir fugas de información, datos contradictorios entre los miembros del equipo y, sobre todo, la pérdida de documentos (ej., si un empleado deja de trabajar en el proyecto toda su información debe ser guardada). Entonces, si un equipo de litigio toma el control del caso desde el inicio, la mayoría de la información debería estar ya organizada y la etapa de producción de documentos podría no ser necesaria.

Finalmente, se deben tener en cuenta alternativas menos costosas. Por ejemplo, las entidades públicas están obligadas a entregar documentos que estén sujetos a solicitudes de acceso a la información pública. En Perú, este proceso es más rápido que un *discovery* y que la etapa de producción de documentos, durando aproximadamente, un mes.

---

<sup>25</sup> Los litigantes del *common law* están acostumbrados al *discovery*, mientras que los practicantes del *civil law* utilizan etapas de producción de documentos bastante acotadas, si hubiere alguna.

(2) *Examen de Eficiencia. ¿Cómo promuevo la eficiencia? ¿Qué medidas son aconsejables?*

De acuerdo al Reporte del 2015, trabajar con el abogado de la contraparte para reducir los problemas y la producción de documentos son las mejores opciones para reducir el tiempo y costo en el arbitraje internacional.<sup>26</sup> Sin embargo, muy pocos abogados lo hacen. De hecho, sólo 4% de los encuestados por el Reporte BLP declararon que se reunieron con sus oponentes para discutir el proceso de producción de documentos.

La respuesta, entonces, es clara: los litigantes deberán evaluar si es que es aconsejable trabajar con los abogados de la contraparte para reducir la producción de documentos. En este escenario, también podrían revisar si existe un margen de negociación suficiente para incluir las Reglas IBA o al menos un compromiso para usar el *Redfern Schedule*<sup>27</sup> que, sorprendentemente, sólo es usado por el 37% de los litigantes arbitrales.<sup>28</sup>

(3) *Examen cognitivo. ¿Debería mi cliente mantener una «mentalidad de resolución»? ¿Cómo manejo el sesgo de confirmación?*

Alentar un arreglo o promover la mediación son dos de las medidas más elogiadas para reducir tiempo y costos en el arbitraje internacional. Incluso cuando cada cliente no está dispuesto a negociar, ni todos los

---

<sup>26</sup> White & Case. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*.

<sup>27</sup> El *Redfern Schedule* es un documento utilizado para la etapa de producción de documentos, creado por Alan Redfern y en el que contribuyen el demandante, el demandado y el tribunal arbitral. Su objetivo es facilitar la revisión de cada uno de los pedidos de documentos, las objeciones y las respuestas a éstas. Ello facilita la tarea del tribunal, quien al final puede concluir con su decisión sobre cada pedido de revelación de documentos.

<sup>28</sup> White & Case y Queen Mary University of London. *2012 Current and Preferred Practices in the Arbitral Process*. Ésta puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164483.pdf>.

casos pueden ser fácilmente resueltos, los litigantes siempre deben evaluar si resolver y «cerrando capítulos», es beneficioso para sus clientes.

El sesgo de confirmación evita que los litigantes puedan evaluar de manera racional las nuevas pruebas obtenidas durante la etapa de producción de documentos. Por tanto, es aconsejable utilizar técnicas de desesgamiento como, por ejemplo, tener en cuenta la perspectiva de la contraparte, pedirle a un miembro del equipo que actúe como el *abogado del diablo* o solicitarle a un abogado que dé una mirada fresca al expediente. Por otra parte, también se podría contratar a un abogado externo dedicado únicamente a llegar a una conciliación. Sus consejos no estarían contaminados por la perspectiva sesgada del equipo de litigio y podría encontrar un camino razonable para alentar a las partes a llegar a un acuerdo.<sup>29</sup>

En suma, las partes y los abogados deben estar conscientes de los sesgos cognitivos que están presentes al momento de analizar pruebas y trabajar en adaptar la etapa de producción de documentos a las exigencias del caso concreto. Si no se hace correctamente, dicho procedimiento puede terminar separando a las partes y costando más tiempo y dinero que lo previsto inicialmente. Un equipo adecuado del litigio debe estar siempre preparado de antemano para evitar tal inversión irracional por su cliente. Como Benjamín Franklin dijo: «al no prepararse, se está preparando para fallar».

### ***Sexta propuesta: crear incentivos para acelerar la emisión de laudos***

Según el Reporte del 2010, la demora en la emisión del laudo es el quinto aspecto que toma más tiempo en el arbitraje.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> RACHLINSKI, J.J. & A.J. WISTRICH, (nd.). How Lawyers' Intuitions Prolong Litigation. *SSRN Electronic Journal*, p. 133.

<sup>30</sup> White & Case y Queen Mary University of London. *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, p. 31. Puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>.

A nuestro entender, dicho escenario responde, principalmente, a la *falta de incentivos para satisfacer las expectativas temporales de las partes*. Frente a ello, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha emitido el presente año dos medidas que promueven mayor celeridad y eficiencia en esta etapa del arbitraje.

La primera, tomada a inicios del presente año, implica *imponer sanciones económicas a los árbitros*, que impactan directamente en sus honorarios. Así, los árbitros cobrarán cada vez menos hasta que cumplan con remitir los borradores del laudo a la Corte para que ésta realice el escrutinio.

Así, esta medida toma como punto de quiebre la última actuación arbitral sustantiva, ya sea ésta una audiencia o escrito (lo que normalmente se conoce como escrito postaudiencia). Si los árbitros se demoran más de siete meses en presentar el borrador de laudo, sus honorarios podrán verse reducidos entre un 5 a 10%; si demoran más de diez meses, podrían reducirse entre un 10 al 20%; finalmente, si demoraran más de diez meses, la Corte podría reducir sus honorarios entre un 20% a más.<sup>31</sup>

De esta forma, la CCI golpea donde más duele: en el bolsillo. Somos de la opinión que este incentivo negativo será una buena medida para asegurar mayor celeridad y eficiencia en el proceso arbitral, promoviendo que los árbitros que ya tengan una gran carga arbitral, tengan una razón más para pensar dos veces si aceptar un arbitraje adicional.

Consideramos que ésta también debería ser adoptada por los centros de arbitraje nacionales. Si bien nuestra ley de arbitraje cuenta con una causal expresa de anulación de laudo si es que éste se emite de forma extemporánea, en muchos casos los tribunales se demoran meses en

---

<sup>31</sup> ICC Court announces new policies to foster transparency and ensure greater efficiency. Esta noticia puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2016/ICC-Court-announces-new-policies-to-foster-transparency-and-ensure-greater-efficiency/>.

cerrar instrucción, los cuales son utilizados como un «período de gracia» para la preparación del laudo. Una medida como ésta ayudaría a frenar esta práctica.

Por otro lado, la CCI ha emitido una medida adicional centrada en la celeridad de la propia Corte Internacional, con la posibilidad de *realizar descuentos en los gastos administrativos si la Corte se demora en la revisión del laudo*; y es que, si bien el escrutinio del laudo ejercido por la Corte constituye una garantía adicional otorgada por la CCI sobre la validez y ejecutabilidad del laudo, ésta también retrasa la emisión de la decisión.

Ante esto, en la última versión de la «nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI»,<sup>32</sup> se ha establecido que en caso la Corte se demore más de cinco o seis semanas en revisar el proyecto de laudo, y de no existir circunstancias excepcionales ajenas al control de ésta, los gastos administrativos del proceso se podrían reducir hasta en un 20%.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Esta nota puede ser revisada en el siguiente enlace: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Practice-notes,-forms,-checklists/>.

<sup>33</sup> Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de arbitraje de la CCI, 22 de septiembre del 2016. «51. Todo proyecto de laudo sometido a la Corte será examinado en un plazo de tres a cuatro semanas después de que lo reciba la Secretaría. A efectos del tiempo, se considera que el examen tiene lugar cuando se somete el laudo a la Corte por primera vez para su aprobación, independientemente de si éste se aprueba o no en tal Sesión de la Corte. Puesto que la Sesión Plenaria de la Corte se celebra sólo una vez al mes (generalmente, el último jueves del mes), el tiempo necesario para que la Plenaria revise el proyecto de laudo dependerá de la fecha en que se sometió, y puede llevar hasta cinco o seis semanas.

52. En caso de que la demora en el proceso de examen no sea atribuible a circunstancias excepcionales ajenas al control de la Corte, los gastos administrativos de la Corte se reducirán hasta un 20% en función de la duración de la demora».

Si bien no tenemos conocimiento de que actualmente alguna institución arbitral peruana tenga una provisión similar al de la Corte respecto a la revisión de laudos, consideramos que de instituirse una, esta política promoviendo la celeridad en la revisión de laudos también debería ser asimilada.

Finalmente, consideramos relevante comentar una idea adicional propuesta por Paul Friedland, copresidente del Comité de Arbitraje de la *International Bar Association* (en adelante, IBA) y socio de la firma *White & Case*. Si, por un lado, la CCI ha elaborado propuestas apelando a incentivos negativos monetarios, el Comité de Arbitraje de la IBA busca incentivar a los árbitros a emitir de forma más celeridad sus laudos apelando a su reputación. Así, se ha propuesto crear una política de *name and shame*, en base a la cual se analice y publique el tiempo que le toma a los árbitros emitir un laudo desde la última presentación de un escrito.

Al igual que las medidas antes comentadas, ésta también puede ser aplicada en el Perú. Como comentamos anteriormente, la confidencialidad del arbitraje regulada en el artículo 51 de la ley de arbitraje cubre únicamente las actuaciones arbitrales, el laudo y la información que se pueda obtener de éstas; el publicar si un árbitro tiene un récord de demora de diez meses para emitir un laudo desde la última actuación arbitral relevante, no vulnera dicha confidencialidad.

### ***Séptima propuesta: promover el uso de arbitrajes fast-track***

Asimismo, consideramos que una propuesta adicional para dar mayor celeridad y eficiencia al proceso arbitral, es establecer la posibilidad de tener procesos abreviados o «*fast-track*» para controversias donde se discutan cuantías relativamente bajas.

En este sentido, el Reporte del 2015 señala que un 92% de los encuestados, está a favor de que las instituciones arbitrales cuenten con un proceso abreviado para controversias menores a una cuantía determina-

da,<sup>34</sup> en vista de que el 40% de ellos considera que esta clase de arbitrajes debería aplicarse para controversias menores a US\$ 1'000,000.00.<sup>35</sup>

Reglas como las propuestas en la encuesta antes mencionada ya han sido adoptadas por centros de arbitraje como el *Swiss Chambers' Arbitration Institution* y el *Singapore International Arbitration Centre*, los cuales ya cuentan con procedimientos abreviados para cuantías menores a CHF 1'000,000.00 (un millón de francos suizos)<sup>36</sup> y S\$6'000,000 (seis millones de dólares de Singapur).<sup>37</sup>

En este sentido, consideramos que los principios rectores sobre los cuales se debería elaborar un mecanismo de arbitraje *fast track*, son las siguientes:

- *Cuantía de la controversia.* Tomando en cuenta la experiencia comparada, 1'000,000.00 (un millón de dólares americanos) parece ser un monto tope adecuado. Cualquier controversia menor a dicha cifra debería ser, en principio, decidida por un procedimiento abreviado.
- *Selección de árbitros.* Salvo pacto en contrario, los arbitrajes *fast track* deberían ser decididos por un solo árbitro. En caso el convenio arbitral contenga una disposición distinta, la Corte del Centro de Arbitraje conversará con las partes, a fin de proponerle que ambas acuerden un cambio en la composición del tribunal. De no llegar a un acuerdo, la conformación se realizaría de acuerdo al pacto de las partes.

<sup>34</sup> White & Case y Queen Mary University of London. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, p. 26. Ésta se puede consultar en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> Equivalente a USD\$ 1.021.330,00 de dólares americanos.

<sup>37</sup> Equivalente a USD\$ 4.370.400,00 de dólares americanos.

- *Actuaciones arbitrales.* En principio, los únicos escritos que se presentarían, son: (i) demanda; (ii) contestación y reconvencción (de ser necesaria); y (iii) contestación a la reconvencción (de existir una). Así, el tribunal decidiría en base a dichos escritos, teniendo la posibilidad de poder llamar a una sola audiencia donde se escucharía a los testigos y expertos.
- *Emisión del laudo arbitral.* El tribunal sólo contaría con seis meses desde la fecha en la cual se traslada el expediente al árbitro único para emitir un laudo arbitral, pudiendo ampliar este plazo por tres meses adicionales únicamente en situaciones verdaderamente excepcionales.

De esta forma, consideramos que de adoptarse un procedimiento bajo estos principios rectores, se obtendría un mecanismo eficiente para resolver de forma celeré controversias que, si bien pueden contar con una cuantía relativamente baja, son igualmente relevantes para las partes.

#### **IV. TERCER RETO: AÚN EXISTE ESPACIO PARA MEJORAR EL PROCEDIMIENTO DE TOMA DE DECISIONES Y EL PRODUCTO QUE EMITE**

Cuando las partes escogen en su convenio arbitral que una disputa será resuelta por más de un árbitro (comúnmente, en la práctica por tres), dicha decisión no es caprichosa, responde al interés de las partes a que en caso surja una controversia, ésta sea discutida y resuelta por un órgano colegiado, a fin de que la decisión a adoptarse sea la mejor posible. Esto último se logra a través de un correcto proceso deliberativo respetando el principio de colegialidad.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> El principio de colegialidad es aquél que asegura que cuando un órgano colegiado toma una decisión, todos sus miembros participen de ella o al menos han tenido la oportunidad de hacerlo. Este principio es considerado de orden público. Ver DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUI. *Welcome to the Jungle*. Guía para sobrevivir a la deliberación del tribunal arbitral. Artículo a publicarse en la Revista *Advocatus*, n.º 32.

Ahora, ¿dos (o tres) cabezas realmente piensan mejor que una? Usualmente, se cree que una decisión grupal será siempre mejor que una tomada por sólo una persona. Sin embargo, la psicología ha demostrado que esta creencia no es del todo acertada. En cambio, los grupos pueden potenciar los sesgos cognitivos de los miembros que los componen llevando a tomar decisiones menos óptimas.

Asimismo, las decisiones del tribunal y la conducta de los árbitros está influenciada por el secreto de las deliberaciones. ¿Existen supuestos en los que es admisible informar a las partes lo que está sucediendo o lo que están pensando los miembros del tribunal?

Las siguientes propuestas atacan estos problemas y tendrán un impacto significativo en el futuro del arbitraje.

***Octava propuesta: potenciar el rol del presidente del tribunal arbitral y educación sobre deliberación grupal***

Como mencionamos anteriormente, la creencia de que *dos cabezas (o tres en el caso del arbitraje) piensan mejor que una*, es errónea.<sup>39</sup> El proceso de toma de decisiones grupales no funciona como una operación matemática donde se obtiene la suma de sus variables. Como ha demostrado la psicología, la toma de decisiones grupales puede ser impactada por distintas variables, como el orden de presentación de los argumentos (*primacy effect*) o las características de quien las presenta.

Tener conocimiento de esto es importante, sobre todo en el arbitraje. Debemos recordar que en la práctica arbitral, si bien dos de los tres árbitros son seleccionados por las partes, el presidente del tribunal

---

<sup>39</sup> DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUI. ¿Tres cabezas piensan mejor que una? La psicología de la deliberación y el rol del presidente del tribunal arbitral. En <http://enfoquederecho.com/otros/derecho-y-psicologia/tres-cabezas-piensen-mejor-que-una-la-psicologia-de-la-deliberacion-y-el-rol-del-presidente-del-tribunal-arbitral/>.

es escogido por los mismos árbitros, quienes normalmente nombran a una persona con mayor *seniority* que ellos, alguien en quien ellos pueden confiar para que guíe el proceso arbitral y cuya opinión tomen en consideración.

Esto último es bastante relevante si tenemos en consideración que el presidente del tribunal arbitral es el *director de la orquesta*, por lo que es él quien tiene el deber de encargarse de guiar y dirigir el proceso deliberativo.<sup>40</sup> En este sentido, consideramos valioso que el presidente del tribunal adopte como técnicas guía para dirigir este proceso los consejos elaborados por Sunstein y Hastie al estudiar la psicología de la toma de decisiones grupales. Estos consejos son los siguientes:<sup>41</sup>

- (1) *Ser un líder inquisitivo y callado*. Muchas veces los miembros del grupo guardan silencio durante las deliberaciones para no contradecir la opinión de aquéllos con una posición jerárquica más alta, como podría ser el presidente del tribunal. En estos casos es recomendable que el presidente, antes de emitir su opinión, promueva la presentación de las ideas de sus coárbitros. De esta manera se disminuyen las posibilidades de que un miembro del tribunal —de modo consciente o automático— deje de revelar información que podría ser relevante sólo porque no coincide con lo expuesto por el presidente.

---

<sup>40</sup> «There is as much a need for proactive management of the award stage as there is of the pre-award procedures. The chair should manage the stages of deliberation, preparation of drafts, reviewing drafts, revisions, finalization, signature and service». WAINCYMER, Jeff. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. The Hague: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 227. En el mismo sentido, LAURENT, Levy. «Chapter 6: The Chairman's Role in the Arbitral Tribunal's Dynamics». En *Players interaction in International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, vol. 9. MOURRE, Alexis y Bernard HANOTIAU. The Hague: Kluwer Law International, 2012, p. 69.

<sup>41</sup> SUNSTEIN, Cass y Reid HASTIE. *Wiser: Getting beyond groupthink to make the groups smarter*. Boston: Harvard Business Review Press, 2014, pp. 105-118.

- (2) *Primar el pensamiento crítico.* Cuando la mayoría del grupo ha asumido una línea argumentativa y el objetivo es lograr el consenso, el tercer árbitro se verá predispuesto a no revelar información que podría ser relevante para evitar un daño reputacional.

Frente a ello, es recomendable que el presidente cambie las reglas de juego. En nuestra opinión, el objetivo principal de la deliberación no debería ser llegar a un consenso, sino, más bien, fomentar la presencia de la mayor cantidad de información relevante y la libertad de expresión de distintos puntos de vista.

En definitiva, cambiar las reglas de juego y primar al tribunal arbitral para compartir información, permite fomentar un mayor análisis, incluso cuando la mayoría del grupo ha adoptado una posición inicial. De esta manera, el mayor costo del arbitraje se traduce en un análisis más profundo y una decisión más sustentada, lo cual no tendría por qué estar supeditado a una decisión concertada.

- (3) *Asignar roles.* Esta estrategia puede ser aplicada en los dos casos antes mencionados. Así, el presidente del tribunal deberá asignar a cada árbitro la ponencia de alguna parte de la discusión o la elaboración de una parte del laudo dependiendo la especialidad de cada árbitro (asignación de rol). Al discutir o revisar la parte elaborada por dicho árbitro, los demás miembros del grupo deberán adoptar el rol del abogado del diablo asumiendo una posición contradictoria a la presentada. De esta forma, el Presidente asegura que cada coárbitro se sienta lo suficientemente confiado para plasmar todas sus ideas y libre para pronunciarse sobre los puntos de vista de los demás.

De esta forma, aplicando las técnicas antes descritas, el presidente del tribunal contará con mayores herramientas para procurar una debida deliberación, resguardando así la principal razón por la cual las partes pactan que un órgano colegiado resuelva sus controversias: el procurar tener la mejor decisión posible.

### ***Novena propuesta: apertura de la deliberación arbitral para casos concretos***

El secreto de las deliberaciones viene siendo entendida doctrinal<sup>42</sup> y jurisprudencialmente<sup>43</sup> como una parte fundamental del proceso deliberativo, sirviendo como herramienta que resguarda la independencia de la toma de decisiones de los árbitros. No obstante, creemos que existen dos supuestos en los cuales el dejar de lado dicho secreto puede ser beneficioso tanto para las partes como para el correcto desarrollo del procedimiento arbitral.

El primero de ellos, para lograr un procedimiento arbitral más celer y enfocado. Al respecto, la encuesta del 2015 elaborada por *White & Case* y la *Queen Mary University of London*<sup>44</sup> ha reportado que el 60% de los encuestados consideró como una buena estrategia para reducir el tiempo y los costos del proceso arbitral es promover que las partes lleguen a un acuerdo de forma previa a la emisión del laudo.<sup>45</sup>

Ésta no es una idea nueva, en muchas sedes de arbitraje en el mundo, parte del rol de los árbitros es promover que las partes resuelvan sus controversias de forma consensual.<sup>46</sup> Así, esta práctica busca que el arbitraje termine en una etapa inicial, logrando, con la ayuda de los árbitros, que sean las partes quienes solucionen sus controversias.

---

<sup>42</sup> WAINCYMER, Jeff. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. The Hague: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 1297.

<sup>43</sup> *Himpurna California Energy Ltd. vs. Republic of Indonesia* del 26 de septiembre de 1999.

<sup>44</sup> *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations on International Arbitration*. Ésta puede revisarse en el siguiente enlace: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

<sup>45</sup> *Id.*, p. 30.

<sup>46</sup> Por ejemplo, ver: EHLE, Bernd. «The Arbitrator as a Settlement Facilitator». En *Recent Developments and Trends. Colloquium Cepani 40*, 2010. Éste puede ser revisado en el siguiente enlace: [http://www.lalive.ch/data/publications/Cepani\\_12\\_THILIN\\_Ehle.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/Cepani_12_THILIN_Ehle.pdf).

En este sentido, los árbitros consultan con las partes si éstas se encuentran interesadas en llegar a un acuerdo y en caso de estarlo, el *tribunal compartirá con ellas su análisis preliminar del caso*, lo cual normalmente se concretiza mediante la comunicación de qué clase de medios probatorios necesitara presentar cada parte a fin poder obtener un resultado favorable.<sup>47</sup> En otras palabras, el tribunal identifica los principales puntos controvertidos y se los informan a las partes, a fin de que con dicha información éstas puedan discutir y negociar un acuerdo entre ellas.

Si bien puede pasar desapercibido, la comunicación del «análisis preliminar del caso» es un supuesto donde se deja de lado el secreto de las deliberaciones del tribunal, con la finalidad de promover a favor de las partes una solución consensuada. Así, no sólo se delibera al momento de la emisión del laudo, el tribunal delibera al momento de tomar toda decisión como órgano colegiado.

Consideramos que esta medida es positiva. Incluso en aquellos casos donde las partes, pese a tener este *input* de los árbitros, no llegaran a un acuerdo para conciliar, contarán con mayor información sobre cómo los árbitros creen debe centrarse la controversia. Así, se evitarán procesos de producción de documentos largos y engorrosos, toda vez que las partes ya tendrán claro qué documentos son los que necesita el tribunal para resolver de una u otra forma. Asimismo, esto también servirá para que los escritos presentados por las partes estén más enfocados, sólo se centren en aquellos temas identificados por el tribunal.

---

<sup>47</sup> *CEDR Commission on Settlement in International Arbitration, Final Report*, 2009, p. 5. «If both parties agree, provide an indication as to the tribunal's preliminary view on the merits of the case. This can be done in different ways. One approach is for the tribunal to set out the issues in the case that it has identified and what the tribunal considers will be required in terms of evidence from each party in order to prevail on the key issues». Esta información puede ser consultada en el siguiente enlace: [https://www.cedr.com/about\\_us/arbitration\\_commission/Arbitration\\_Commission\\_Doc\\_Final.pdf](https://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/Arbitration_Commission_Doc_Final.pdf).

Así, debemos entender que la comunicación por parte del tribunal de su proceso deliberativo no siempre representará un problema. Por el contrario, llevada de forma correcta, respetando el principio de igualdad de armas, esta comunicación fluida entre el tribunal y las partes podría ayudar a la celeridad del arbitraje y a tener un procedimiento arbitral más ordenado y enfocado e incluso menos costoso.

Por otro lado, somos de la opinión de que una buena segunda oportunidad para que el tribunal plantee a las partes el poder conciliar, es antes de la emisión del laudo. De esta forma, los *inputs* que el tribunal puede otorgar a las partes después de haber revisado todos los medios probatorios y de haber escuchado a los testigos y expertos presentados por cada una puede ser más preciso y rico que el que se puede dar al inicio del arbitraje, habiendo revisado el caso únicamente de forma preliminar.

Una persona atenta podría preguntarse cuál es el beneficio de esperar hasta el final del proceso para iniciar un acercamiento de las partes, teniendo en consideración que la emisión del laudo está cerca. La respuesta a esto es sencilla: si bien los árbitros son profesionales calificados y seleccionados por las partes para resolver sus controversias, quienes tienen mayor interés en lograr el mejor resultado posible, son las mismas partes. Normalmente, la línea de negocio de las empresas no se basa en obtener lucro a través del litigio, por lo cual el llegar a una solución consensuada con la otra parte que permita a ambas mantener sus vínculos comerciales puede ser una solución mucho más atractiva para ellas que el esperar la emisión del laudo arbitral.

En este sentido, proponemos la siguiente *fórmula para incentivar las conciliaciones*:

- (1) Terminadas las audiencias, habiéndose escuchado a las partes, los testigos y expertos, y después de haber revisado los medios probatorios, los árbitros consultarían con las partes si las mismas se encuentran interesadas en llegar a un acuerdo.

- (2) De estar interesadas, los árbitros deliberarían y comunicarían a las partes lo siguiente:
- Los hechos que creen han sido acreditados;
  - Las ideas fuerzas en base a las cuales se elaborará el laudo; y
  - Los principios rectores en base a los cuales el tribunal analizará los puntos controvertidos.
- (3) Habiéndose compartido con las partes la deliberación del tribunal, éstos contarán con un plazo determinado para poder llegar a un acuerdo y, en todo caso, podrán solicitar al tribunal el tener una audiencia para negociar una posible solución con la ayuda de los árbitros.

Con esta información, las partes podrán analizar si es que es conveniente para ellas el llegar a una solución mutuamente acordada, o lo mejor será esperar a la emisión del laudo. En todo caso, eso ya será decisión de las partes, quienes con toda la información disponible tomarán una decisión en beneficio de su mejor interés.

El segundo supuesto donde es conveniente *dejar de lado el secreto de las deliberaciones es en aquellos casos donde nos encontremos con manzanas podridas o árbitros tóxicos*.<sup>48</sup> Después de realizada una investigación sobre esta clase de árbitros, los autores pudieron identificar hasta diez perfiles de árbitros tóxicos, dentro de los cuales, aquéllos que representaban la mayor dificultad para poder deliberar, eran: (i)

---

<sup>48</sup> DE LA JARA, José María y Julio OLÓRTEGUIL. «Welcome to the Jungle. Guía para sobrevivir a la deliberación del tribunal arbitral». Artículo a publicarse en la Revista *Advocatus*, n.º 32. En este artículo los autores definen árbitros tóxicos como «la categoría general de árbitros que imponen dificultades en la deliberación. En otras palabras, tanto los árbitros patológicos (que no están calificados para cumplir con el encargo) como los árbitros encamisetados (que no son imparciales ni independencias) forman parte de un grupo más grande, conocido como árbitros tóxicos».

el árbitro informante;<sup>49</sup> (ii) el árbitro *kamikaze*;<sup>50</sup> y (iii) los árbitros *gangsters*.<sup>51</sup>

En estos casos, consideramos que una buena forma de contrarrestar el impacto negativo de estos árbitros tóxicos, es abriendo la deliberación a las partes. Así, en ciertos supuestos será conveniente que el tribunal invite a las partes a participar del proceso deliberativo, dejando de lado el secreto de las mismas. Si bien el secreto de las deliberaciones es considerado como un elemento esencial de la misma, siempre que se respete el principio de igualdad entre las partes, esto es, que ambas partes participen en igual medida, su inclusión en este proceso puede ayudar a enriquecerlo y mejorarlo. Como señala Blessing, al abrir el proceso deliberativo a ambas partes el tribunal no estaría incurriendo en patología alguna, sólo estaría convirtiendo el desastre en un mejor proceso.<sup>52</sup>

Abrir las deliberaciones anularía la ventaja injusta que genera el actuar del árbitro informante, toda vez que ahora ambas partes tienen el conocimiento de qué es lo que está pensando el tribunal respecto de la controversia.

En el mismo sentido, esta práctica podría anular los efectos destructivos del árbitro *kamikaze*, siempre que quedaría registrado en las reuniones que tengan los árbitros y las partes para deliberar que las

---

<sup>49</sup> Caracterizado por comunicar a una de las partes el *feeling* de los demás árbitros, dar consejos de cómo mejorar su caso o recibir propuestas de cómo persuadir al tribunal.

<sup>50</sup> Caracterizado por intentar destruir el laudo arbitral inmolándose durante su elaboración (renunciando a su cargo) o dejando «bombas» para que éste sea anulado posteriormente (generando causales de nulidad).

<sup>51</sup> Caracterizados por juntarse para disfrazar al laudo de validez, cuando en realidad es una decisión hecha a la medida de la parte que «contrató sus servicios». Tienden a excluir de la deliberación arbitral al laudo que no forma parte de su «pandilla».

<sup>52</sup> BLESSING, Marc. En *Inside the Black Box. How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions*. BERGER, Bernhard y Michael SCHENEIDER. New York: Association Suisse de l'Arbitrage and Jurist, 2014. pp. 53-54. «We just need to adapt the process and convert the disaster into an even better process».

«bombas» dejadas por el árbitro kamikaze en realidad son artificiales y sólo buscan abrir el camino para que una de las partes inicie un proceso de anulación. En este sentido, dichos procesos deliberativos serían parte del expediente, por lo que en una eventual anulación la corte analizaría la conducta de dicho árbitro e identificaría dichas «bombas» artificiales, rechazando el pedido de nulidad.

Finalmente, esta práctica también ayudaría a contrarrestar los efectos negativos de los árbitros *gangsters*. De abrirse la deliberación e incluirse a las partes en ella, los árbitros *gangsters* ya no podría excluir al tercer árbitro, y sus maquinaciones para emitir un laudo «en mayoría» que beneficie sólo a una de las partes se complicarían al tener a la otra parte dentro de la deliberación.

De esta forma, al encontrarse con árbitros tóxicos los demás árbitros no deben quedarse de brazos cruzados, deben pensar en la mejor forma de adaptar el proceso deliberativo con el fin de neutralizarlos,<sup>53</sup> teniendo como una buena opción la inclusión de las partes en la deliberación arbitral.

## V. REFLEXIONES FINALES

Como todo en la naturaleza, el arbitraje tiene que evolucionar y adaptarse a las nuevas exigencias del mercado. De lo contrario, no va a sobrevivir y va a ser contaminado por el proceso judicial.

---

<sup>53</sup> BLESSING, Marc. En *Inside the Black Box. How Arbitral Tribunals Operate and Reach their Decisions*. BERGER, Bernhard y Michael SCHENEIDER (eds.). New York: Association Suisse de l'Arbitrage and Jurist, 2014, p. 57. «Such situations simply must cause us to re-think some aspects, to re-frame the process and —most of all— to convert different approaches into a better understanding and into an even better process».

Para potenciar la evolución del arbitraje es necesario alimentarlo con una mirada a la práctica internacional y dejar de lado discusiones estériles. Confiamos en que las propuestas contenidas en este trabajo hagan reflexionar a los actores del mercado arbitral y contribuyan a acercar las expectativas de los usuarios a los resultados del arbitraje en el Perú.

## ANEXO 1

### **Cuestionario sobre preferencias procedimentales y manejo del proceso por parte de los árbitros**

#### **A. Sobre la elección del tribunal**

1. ¿Considera apropiado ser entrevistado antes de ser designado como árbitro?
2. ¿Cree que es apropiado revelar sus preferencias sobre asuntos procedimentales específicos (p.e., audiencia por teleconferencia)?
3. ¿Considera que los coárbitros deberían consultar con las partes sobre posibles candidatos a presidente del tribunal antes del intercambio de una lista entre ellos?

#### **B. Sobre la disponibilidad y el trabajo del árbitro**

4. En su experiencia, ¿cuánto tiempo en promedio dedica a un arbitraje internacional?
5. ¿Considera aceptable delegar el trabajo a un abogado que no es parte del tribunal arbitral?
6. ¿Considera aceptable delegar decisiones en el secretario arbitral?
7. ¿Tiene experiencia manejando arbitrajes *fast track*?

**C. Sobre el estilo de decisiones del árbitro**

8. ¿Considera apropiado que los tribunales identifiquen y tomen decisiones preliminares a través de laudos parciales, incluso si una de las partes está en desacuerdo?
9. ¿Considera que los tribunales arbitrales deberían ofrecer asistencia a las partes para que lleguen a una conciliación, y buscar activamente oportunidad para ello?
10. ¿Considera que bifurcar el proceso puede ayudar a lograr eficiencia en el manejo del proceso?
11. ¿Considera que su forma de organización del proceso arbitral se acerca más al common law, civil law o depende del caso concreto?

**D. Sobre las preferencias probatorias y las audiencias**

12. ¿Considera que los tribunales deberían aplicar las Reglas IBA sobre evidencia incluso si una de las partes lo ha objetado?
13. ¿Está usted a favor de que las partes lleven a cabo un procedimiento de revelación de documentos con el estándar de las Reglas IBA sobre evidencia?
14. ¿Prefiere que las partes envíen un resumen de sus argumentos antes de la audiencia?
15. ¿Está de acuerdo con ejecutar «audiencias ómnibus»?<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Se conoce con este nombre a audiencias que se ejecutan de manera seguida durante varios días. Éstas comienzan con los alegatos de apertura, luego siguen los interrogatorios a testigos y peritos; y, finalmente, termina con los alegatos de cierre.

16. ¿Qué método de control de tiempo utiliza en las audiencias?

### **E. Deliberación y emisión de laudo**

17. ¿Considera que el tribunal debería preguntarle a las partes si puede compartir con ellas su visión preliminar sobre las fortalezas y debilidades de sus reclamos?

18. ¿Está de acuerdo en reunirse con sus coárbitros antes de las audiencias para deliberar preliminarmente?

19. ¿Cómo maneja usted los procesos deliberativos?

20. ¿Considera que los tribunales deben reservar un día adicional luego de las audiencias para deliberar?

21. A partir del último escrito de las partes, ¿cuál es su tiempo promedio para la emisión de laudo?

22. ¿Considera apropiado que una parte recupere todos los *costos* razonables, incluyendo honorarios de abogados, si sus reclamos o defensas han resultado victoriosos?

## ANEXO 2

### Evaluación del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong

Matters for assessment	Rating Sole/Presiding Arbitrator					Rating Co-Arbitrator 1					Rating Co-Arbitrator 2									
	1	2	3	4	5	N/A	1	2	3	4	5	N/A	1	2	3	4	5	N/A		
<b>General preparation and familiarity with the applicable laws and rules</b>																				
Familiarity with the facts of the case and the issues in dispute																				
Familiarity with the procedural history and the parties' submissions																				
Ability to understand and apply the applicable substantive and procedural laws																				
Familiarity with the arbitration rules																				
<b>Ability to facilitate a fair, neutral and effective process</b>																				
Appeared to treat all parties equally																				
Ability to act impartially and independently																				
Ensured all parties had a reasonable opportunity to present their case																				
Ability to remain courteous and respectful towards all parties and representatives																				
Protection of the confidentiality of the arbitration and award																				
<b>Case management skills</b>																				
Use of appropriate procedures and techniques to facilitate an efficient and cost effective resolution of the dispute																				
Effectiveness at controlling against apparent delaying tactics																				
Effectiveness at finding common ground between the parties' procedural preferences																				
Ability to ensure effective use of time during calls and hearings																				

Matters for assessment	Rating Sole/Presiding Arbitrator					Rating Co-Arbitrator 1					Rating Co-Arbitrator 2					
	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5	N/A
Adoption of effective methods to notify all parties of any hearing and the tribunal's directions and decisions																
<b>Ability to deal with evidential matters</b>																
Competence at handling conflicting positions and any other issues arising from the use of experts and factual witnesses																
Ability to deal with document production requests in a timely and effective manner																
<b>Communication skills</b>																
Proficiency in the language(s) of the arbitration																
Ability to communicate clearly and effectively																
Timeliness of responses to party communication																
<b>Decision making</b>																
Ability to distil complex factual and legal issues																
Ability to frame relevant issues concisely for decision making																
Quality of questions																
Ability to give clear, logical and adequate reasoning to support decisions and outcome																
Ability to issue orders and awards promptly																
<b>Overall performance</b>																
Comments:																



## PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

*Natale Amprimo Plá<sup>\*</sup> \*\**

Sumario: I. El arbitraje y los cambios en la economía.— II. *Big picture*.— III. Algunos asuntos importantes.— IV. Recomendaciones finales.

A fines del 2015, fui invitado por la Cámara de Comercio Internacional a participar como expositor en la XIII Conferencia Anual de Arbitraje Internacional en América Latina, llevada a cabo en la ciudad de Miami, en los Estados Unidos de América.

La ponencia se tituló «Aspectos resultantes del arbitraje en el Perú. Ecuador y Colombia». En el presente trabajo resumo la referida ponencia, pero centrándome sólo en el Perú.

### I. EL ARBITRAJE Y LOS CAMBIOS EN LA ECONOMÍA

A partir de los noventa, el Perú, luego de una crisis económica desastrosa previa, siguió las reformas sugeridas por el Consenso de Washington. De esta manera, nos reinsertamos en la comunidad económica internacional, se procedió a simplificar las regulaciones públicas; conceder

---

\* Socio fundador de Amprimo & Flury Abogados. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

\*\* Con la colaboración de Rodolfo Miranda Miranda, abogados asociado de Amprimo & Flury Abogados.

garantías a la inversión privada; vender la participación del Estado en empresas estatales de derecho privado (*i.e.*, inmobiliarias, mineras, aeronáuticas, etc.), así como en las de servicio público (*i.e.*, energía, telefonía, puertos, entre otras); iniciar un agresivo plan de concesiones de obras públicas; flexibilizar la legislación laboral; fortalecer la administración tributaria; fortalecer los programas sociales; entre otras medidas. Todo ello, dentro de un cambio constitucional, cuyo origen todos conocemos y algunos combatimos, pero que, no se puede negar, introdujo en la Constitución de 1993 un capítulo económico que permitió desarrollar la implementación de las reformas antes expuestas.

El resultado de la implementación del referido programa económico, viabilizó que, para sorpresa de propios y extraños, el PBI del Perú, por ejemplo, se cuatriplique entre 1994 y 2014, pasando de US\$ 45,000 millones a US\$ 201,000 millones en el 2014.<sup>1</sup> La reducción de la pobreza también llegó a cifras insospechadas: en 1995 la pobreza alcanzaba a un 45% de la población, de la que, incluso, un 19% era de extrema pobreza; en tanto que, tomando como base las cifras del 2013, la pobreza constituye sólo un 23,9% de la población, y la extrema pobreza alcanza a un escaso 4,7%.<sup>2</sup>

¿Y cuál es la relación entre el arbitraje y estas cifras? El Estado entendió que para poder captar inversión en un país que, a primera vista, resultaba complicado económica y socialmente (pues, no nos olvidemos de que, además de las cifras de pobreza ya mencionadas, el Perú sufría de un embate terrorista encabezado por Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru), tenía que dar garantías, pues nadie vendría a invertir si se seguía exigiendo la clásica «Cláusula Calvo», en virtud de la cual el inversionista tenía que someterse a resolver sus diferencias en nuestro Poder Judicial.

---

<sup>1</sup> <http://desarrolloperuano.blogspot.pe/2012/03/1994-2011-evolucion-del-pbi-peruano-en.html>.

<sup>2</sup> <http://elcomercio.pe/economia/peru/inei-pobreza-peru-bajo-239-durante-2013-noticia-1726749>.

En ese contexto, el propio Estado peruano le dio fuerza al arbitraje como parte de las medidas necesarias para captar la inversión que haría posible el crecimiento económico y la reducción de la pobreza. El Estado entendió así que él mismo tenía que dejar de lado cualquier privilegio y someterse a un tribunal independiente.

De esta forma, si pudiéramos esbozar tres factores por los cuales el arbitraje se ha convertido en el medio principal de resolución de disputas entre empresas y entre éstas y entes públicos, podríamos decir que ello se debe a:

- a) La decisión del Estado peruano de, consciente del diagnóstico o percepción antes descrita, implementar el arbitraje, incluso para las controversias en las que el Estado es parte, a efectos de generar confianza y captar inversiones;
- b) La desconfianza al Poder Judicial, tradicionalmente percibido como corrupto, exageradamente formalista, lento y cuyos miembros, en su mayoría, no exhiben un adecuada especialización, además de haber estado históricamente sometido al poder político; y
- c) La dación de una adecuada legislación de arbitraje.

En cuanto al último factor, habría que señalar que si bien el arbitraje es una institución constitucional que apareció en la Carta de 1979, hay que indicar que no llegó a implementarse ni funcionar plenamente hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, que introdujo dos artículos claves, el 62 y el 63, en los que se estableció que

Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Y que

La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres [...]. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que lo disponga la ley.

Adicionalmente, se dictaron, en enero de 1996, la Ley n.º 26572 y luego, en junio de 2008, el Decreto Legislativo n.º 1071; norma, esta última, que rige en la actualidad, que desarrollaron correctamente el arbitraje.

## II. *BIG PICTURE*

El Perú es un país muy particular en cuanto al arbitraje se refiere. Probablemente, es uno de los países con mayor cantidad de arbitrajes en el orbe. Ello, debido a la a la verificación de las siguientes concausas:

- (i) *Protección constitucional*. Somos uno de los pocos países donde el arbitraje está reconocido a nivel constitucional, lo cual denota la protección al sistema que quiso darle el constituyente.<sup>3</sup>
- (ii) *Arbitraje con el Estado*. La obligatoriedad del arbitraje en materia de contratación pública, regulada en la Ley de Contrataciones del Estado (hoy la Ley n.º 30225), viene siendo una regla desde su primera versión hace casi veinte años, con la Ley n.º 26850. Además de este régimen, en otras modalidades de contratación pública, como las asociaciones público-privadas

---

<sup>3</sup> Ver artículos 62, 63 y 139.1 de la Constitución.

reguladas por el Decreto Legislativo n.º 1224, también es obligatorio el arbitraje.

(iii) *Normativa moderna.* Una buena norma de arbitraje que empezó con la Ley n.º 26572, la cual tomó como referencia la Ley Modelo Uncitral de 1985, hasta el hoy vigente Decreto Legislativo n.º 1071 del 2008, el cual es de los más modernos cuerpos normativos de arbitraje en la región y que también tiene mucha influencia de la Ley Modelo Uncitral, reforzada con los años de experiencia del Perú en arbitraje.<sup>4</sup>

(iv) *Cultura arbitral.* En el Perú, en la gran parte de contratos se pacta un convenio arbitral, no sólo en los contratos de sumas considerables sino incluso en pequeños. Infelizmente, ello se debe, en gran medida también, a los problemas bien conocidos de nuestro Poder Judicial.

En cuanto a la arbitrabilidad objetiva, la regla general es que todo conflicto que verse sobre derechos disponibles es arbitrable,<sup>5</sup> pudiendo arbitrarse relaciones contractuales y también no contractuales (por ejemplo, unas partes *expost* un incidente, podrían acordar un arbitraje sobre responsabilidad extracontractual).<sup>6</sup> Además de esta regla general,

<sup>4</sup> Vale mencionar que el Decreto Legislativo n.º 1071 es de las pocas, si no la única, ley de arbitraje que cuenta con una disposición respecto a la extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias.

<sup>5</sup> Decreto Legislativo n.º 1071 (norma que regula el arbitraje, «Ley de Arbitraje», no obstante, como será la norma más citada en este artículo.

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

<sup>6</sup> Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

el arbitraje está expresamente contemplado, por ejemplo, para lo siguiente:

- Bienes, servicios y obras públicas, obligatorio, Ley n.º 30225.
- Convenios de estabilidad jurídica, obligatorio, Decreto Legislativo n.º 757.
- Asociaciones público-privadas, obligatorio, Decreto Legislativo n.º 1224.
- Asuntos societarios, facultativo, Ley General de Sociedades, artículo 48.<sup>7</sup>
- Asuntos laborales, (Decreto Supremo n.º 010-2003-TR, artículo 61).
- Asuntos sucesorios si el testador así lo dispone, séptima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje.<sup>8</sup>
- Expropiaciones, Ley n.º 27177, Ley General de Expropiaciones.

---

<sup>7</sup> Artículo 48.- Arbitraje.

Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.

El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad, así como a aquéllos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios. El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia.

<sup>8</sup> Séptima. Arbitraje sucesorio. Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición.

Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.

- Asuntos concursales, Ley n.º 27809, Ley General del Sistema Concursal.<sup>9</sup>
- Asuntos territoriales, Ley n.º 29533, Ley que Implementa Mecanismo para la Delimitación Territorial.
- Relaciones de consumo, Ley n.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Como puede apreciarse, en el Perú se arbitra mucho y de mucho. Personalmente, por ejemplo, a los autores nos ha tocado participar en arbitrajes de consultoría de obras públicas, obras públicas, obras privadas, concesiones viales, concesiones de transporte urbano, proyectos inmobiliarios privados, compraventa internacional, expropiaciones, devolución de aportes en energía, convenios de estabilidad jurídica, arrendamientos comerciales, arrendamientos no comerciales, compra de concesiones mineras, licenciamiento de marcas, entre otros.

El arbitraje ha sido objeto de cuestionamiento porque el Estado pierde muchos casos. En primer lugar, no es tan cierto que pierde tantos (ver numeral 2.4 *infra*); en segundo término, el particular acude a arbitrajes porque es su único remedio ante las actuaciones contractuales del Estado. Así, el arbitraje constituye una suerte de equilibrio frente a las prerrogativas públicas. En tercero y más importante, el contratista muchas veces recurre al arbitraje porque el Estado, a pesar de conocer la existencia de un derecho a favor del contratista, opta por no respetarlo, a fin de no tener inconvenientes con un draconiano, y no siempre objetivo, sistema de control.

En cuanto a las relaciones con el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, éstas vienen mejorando con el tiempo. En la década de los

---

<sup>9</sup> Artículo 73.- Solución de controversias relativas al Plan de Reestructuración  
73.1 La Junta deberá establecer en el Plan de Reestructuración el fuero jurisdiccional, sea el judicial o el arbitral, para la solución de cualquier controversia que pudiera surgir sobre su ejecución o interpretación; en defecto de indicación, se entenderá que es el fuero judicial.

2000, cuando se empezó a arbitrar bastante en nuestro país, resultaba frecuente la interferencia jurisdiccional con el arbitraje (emblemáticos son los casos *Sulliden* y *Hotel Meliá*). Afortunadamente, eso ha cambiado, creemos nosotros, gracias a dos hitos:

- (i) La consagración del principio de mínima intervención judicial en la Ley de Arbitraje; y,
- (ii) El caso *María Julia*,<sup>10 11</sup> resuelto por el Tribunal Constitucional en 2011, en virtud del cual, se cerró la puerta a la gran cantidad de amparos contra laudos, circunscribiendo su admisibilidad a determinados supuestos específicos. El Poder Judicial creó Salas Comerciales que resuelven las anulaciones de laudos y, en general, estamos de acuerdo con sus pronunciamientos. Muchas veces, por ejemplo, han declarado infundados pedidos de anulaciones que contenían apelaciones encubiertas.

Un problema del arbitraje en el Perú es el famoso arbitraje al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado. Este arbitraje es demasiado ritualista, lleno de obligaciones formales innecesarias durante su tramitación y, peor aún, con una serie de requisitos para ser árbitro que, francamente, constituyen un desincentivo. Incluso, con pruebas de conocimiento, con respuestas A, B, C, D y E como si se tratara de un examen admisión a la universidad.

Sí estamos de acuerdo con la transparencia. Por ejemplo, nos parece excelente que en materia de arbitraje con el Estado se publiquen los laudos. Asimismo, entendemos que se está conversando para cruzar

---

<sup>10</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>. Ver párrafo 21 de esta sentencia.

<sup>11</sup> El amparo se redujo a (i) cuando un laudo afecta a terceros (distintos a los no signatarios del convenio arbitral a que se refiere nuestro artículo 14 de la Ley de Arbitraje que, como hemos dicho en varios foros, no son terceros), (ii) cuando el laudo afecta precedentes del Tribunal Constitucional y (iii) cuando el laudo inaplica una ley que había sido previamente declarada válida constitucionalmente.

información entre centros arbitrales. Ello está bien, pues podrá determinarse, las designaciones de los árbitros, estudios de abogados y partes. Naturalmente, los detalles de la controversia no deben aparecer.

Falta mucho por hacer, eso sí, en capacitación. Por poner un ejemplo, un error que se suele cometer es equiparar la fijación de puntos controvertidos en un refraseo de las pretensiones. En realidad, los puntos controvertidos son aquellos temas de debate (tanto jurídico como fáctico) en los que las posiciones de las partes están en disputa. Esto es sólo una muestra de la necesidad de capacitación. Por ejemplo, el solo hecho de celebrar una «audiencia de fijación de puntos controvertidos» o una «audiencia de instalación» ya son prácticas que deberían quedar relegadas. Al día de hoy, demorar el arbitraje buscando un consenso para que los actores se reúnan con el único fin de firmar o validar el «acta de instalación» o el «acta de fijación de puntos controvertidos» carece de sentido alguno. La tecnología permite que mediante correo electrónico el tribunal arbitral coordine con las partes el contenido de las respectivas órdenes procesales que establecerán las reglas del proceso (Orden Procesal n.º 1 o «acta de instalación») o donde se fijen los temas materia de controversia («acta de puntos controvertidos»).

Finalmente, el peor error es creer que el proceso arbitral debe llevarse de forma similar al proceso judicial. En Perú, lamentablemente, es común tener arbitrajes que en determinado mes tienen la «audiencia de instalación», para seis meses después celebrar la «audiencia de declaración de testigos», seis meses después la «audiencia de peritos», terminando seis meses después con la «audiencia de alegatos orales». Así, de audiencia en audiencia el arbitraje se alargó dos años. Lo que la práctica estila hoy día es tener toda una semana seguida de audiencias donde las partes presentan su caso (alegato de apertura), presentan e interrogan a los testigos, y expertos legales y técnicos, y al final presenten sus conclusiones (alegatos de cierre).

De esta forma, todos ganan. Las partes, al resolver su controversia de forma más célere, y el tribunal al tener toda la información relevante del caso, presentada de forma ordenada y seguida.

### III. ALGUNOS ASUNTOS IMPORTANTES

Habiendo revisado el *big picture* en el acápite anterior, en éste revisaremos sucintamente algunos temas de arbitraje de actualidad.

#### a. *El Perú ante sus arbitrajes de inversión*

No pretendemos relatar toda la historia de Perú en sus arbitrajes de inversiones, la cual, valgan verdades, ha sido bastante exitosa debido al Sistema de Controversias Internacionales de Inversión. En este acápite sólo mencionaremos los casos más recientes y cuál es su estado (2015-16):

#### Decisiones relevantes 2015-16

- *Pluspetrol*. Industria del gas natural, inversionistas de diversos países. El concesionario del gas de Camisea demandó una compensación a Perupetro, empresa concedente del gas en Perú. Perupetro formuló una contrademanda que fue declarada fundada, porque el concesionario había pagado las regalías usando los marcadores del puerto donde entregaba el gas (marcadores menores), pero no del puerto donde finalmente se consumía dicho gas (marcadores mayores). El tribunal ordenó al concesionario pagar a Perupetro las regalías dejadas de pagar.
- *Tza Yap Shum vs. el Estado peruano (anulación)*.<sup>12</sup> En este caso, un inversionista chino demandó al Perú porque su autoridad

<sup>12</sup> DE URIOUSTE SAMANAMUD, Ricardo. «*Tza Yap Shum versus Perú: Comentarios sobre un caso Ciadi pendiente*». En *Ius et Veritas*. Lima, n.º 41, pp. 90-111.

tributaria, a través de comportamientos que se consideraron desproporcionales, habría expropiado indirectamente la inversión pesquera del señor Tza Yap Shum. Dicho inversionista solicitó la reparación de US\$ 25 MM, pero el tribunal adjudicó a su favor menos de US\$ 1 MM, dándole —eso sí— la razón en los argumentos de fondo sobre expropiación indirecta por actos de la administración tributaria.

Perú, entonces, se vio como perdedor en los argumentos de fondo, pero ganador en el *quantum*, debido a que el laudo se refería a potestades de la administración tributaria, y a pesar de una considerable victoria en la cuantía, Perú decidió recurrir en anulación del laudo ante el Comité de Anulaciones del Ciadi. Perú perdió. El Comité de Anulaciones consideró que el laudo no se extralimitó en sus facultades al señalar que la administración tributaria habría cometido actos que equivalían a una expropiación indirecta. El Comité agregó que, a través de su solicitud de anulación, Perú pretendió la revisión de fondo del laudo.

- *Gremcitel*.<sup>13</sup> Inversionista francés. Industria inmobiliaria. La demandante cuestionó un acto de la autoridad cultural mediante la que declaró una zona como intangible y, con ello, impidió la realización de un proyecto inmobiliario. El tribunal dictó un laudo de jurisdicción favorable al Perú. A diferencia de *Luchetti*, donde el meollo del asunto fue el *rationae temporis*, en *Gremcitel* el argumento central del tribunal fue el hecho de que las transferencias accionarias a favor del inversionista extranjero, se dieron cuando ya se tenía conocimiento de la controversia y muy poco tiempo antes de la medida impuesta por la autoridad cultural. Entonces, el tribunal declaró que ello constituyó un abuso del proceso por parte del demandante.

---

<sup>13</sup> <http://www.italaw.com/cases/2556>.

## Casos en trámite 2015-16

- *Bear Creek vs. el Estado peruano.* Bear Creek inició este arbitraje a raíz de la cancelación de sus derechos para operar la mina de plata Santa Ana en Puno. Esta controversia sigue vigente hasta el momento.
- *Gramercy vs. el Estado peruano.* Gramercy inició este arbitraje buscando cobrar bonos de la reforma agraria. Esta controversia sigue vigente.

### *b. El arbitraje en la contratación pública*

Existen diversos regímenes de contratación con el Estado peruano. Así, a manera de ejemplo, podríamos señalar como los principales: concesiones de obras públicas de infraestructura; asociaciones público-privadas (APP); contrataciones de bienes, obras y servicios; contratos de concesión minera y convenios de estabilidad jurídica.

Al respecto, el arbitraje estatal, como ya se hizo notar precedentemente, está expresamente permitido por nuestra Constitución, de manera que en la mayoría de contratos con el Estado, el mecanismo de solución de controversias es el arbitraje.

Además, es obligatorio en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado, tal como lo señalan la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (aplicable a bienes, servicios y obras); y, en materia de APP, conforme al Decreto Legislativo n.º 1224.

En la reciente nueva Ley de APP merece destacarse —por negativo— lo siguiente:

Artículo 23.- Solución de controversias  
23.1. [...]

La entidad pública debe garantizar la participación oportuna de los organismos reguladores en los procesos arbitrales para coadyuvar con el debido patrocinio del Estado. El árbitro o tribunal arbitral respectivo tiene la obligación de permitir la participación de los organismos reguladores.

Salvo excepciones donde el regulador participa en el mismo contrato de concesión, en su mayoría, los organismos reguladores no participan en dichos contratos. Éstos se rigen por, entre otros principios, el de neutralidad; y sus funciones son regular, supervisar, sancionar, opinar en el marco de las actividades bajo su competencia. Por más que formen parte del Estado, los reguladores no deben ser pro concedente.

Infelizmente, yendo en contra de la lógica y del principio de neutralidad, el Estado está exigiendo la intervención de los organismos reguladores en los arbitrajes de concesiones y de APP para coadyuvar la defensa del Estado.

De otro lado, en lo que respecta a bienes, servicios y obras bajo la Ley de Contrataciones del Estado, la Contraloría General de la República («Contraloría»), que es la institución constitucional encargada de supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, ha emitido el informe denominado «El arbitraje en las contrataciones públicas durante el período 2003-2013» («Informe de la Contraloría»), en el que analiza lo ocurrido con los arbitrajes en los que el Estado ha participado, en un período de diez años.

Las principales cifras que señala el Informe de la Contraloría son:

- 2,796 arbitrajes.
- Monto total contratado: S/ 44,252'000,000 (cuarenta y cuatro mil doscientos cincuentidós millones de nuevos soles; es decir, más de catorce mil millones de dólares de los Estados Unidos de América).

- Monto total de las pretensiones: S/ 2,307'188,326; es decir, aproximadamente, US\$ 732'440,738; lo que significa que, aproximadamente, el 5% de los montos contratados terminan en controversia arbitral.
- En el año 2003 se emitieron 130 laudos, en 2013 se llegó a 601. Esto es, hay un crecimiento de más del 400%, en diez años.
- En el 70% de los arbitrajes los contratistas privados obtuvieron resultados favorables, mientras que sólo en un 27% el Estado ganó y el 3% de los arbitrajes fueron solucionados a través de un acuerdo transaccional o conciliatorio.
- En total, los laudos contra el Estado ascendieron a la suma de S/ 1,128'180,981; es decir, US\$ 358'152,692.
- Esto significa que del total de los montos pretendidos, los contratistas han visto reconocidos el 48,89%.
- Cantidad de arbitrajes:
  - o Obras: 52%
  - o Servicios: 30%
  - o Bienes: 18%
- Las pretensiones o controversias más comunes en obras son las que buscan una indemnización, cuestionan la resolución del contrato efectuada por la Entidad, solicitan el reconocimiento de una ampliación de plazo, cuestionan la liquidación efectuada por la Entidad y la aplicación de penalidades.
- El 68% de los arbitrajes se efectúa en forma *ad-hoc* y el 32% en forma institucional, pero esta última modalidad está creciendo.

Algunos comentarios sobre los resultados y los montos laudados:

A nuestro juicio, el Estado tiene un 70% de resultados desfavorables debido a que:

- En gran parte, los problemas de gestión contractual son imputables al Estado; *i.e.*, retrasos en la entrega de terrenos, tardías

respuestas a las consultas, expedientes técnicos poco sólidos o con deficiencias, lo que amerita que se tenga que hacer variaciones en la ejecución del contrato, especialmente, en obras.

- La Contraloría y los auditores internos ejercen una indebida presión en el funcionario que hace que, aunque este último tenga claro que el reclamo del contratista se ajusta a ley, prefiera que se lo ordene un árbitro, de forma que así evita una futura acción de responsabilidad. Me temo que esto último no cambiará, aun cuando se promueva los DB.
- De otro lado, el Estado cuenta con muchos remedios contractuales, sin necesidad de ir al arbitraje. Por ejemplo:
  - o Puede aplicar penalidades.
  - o Puede resolver el contrato.
  - o Puede ejecutar las garantías.
  - o Puede denegar una ampliación de plazo, la solicitud de adicionales o negarse incluso a pagarlos.
  - o Puede retrasar los pagos, objetar valorizaciones.
  - o Puede no otorgar la conformidad de la obra, bien o servicio.
  - o Puede efectuar una liquidación final menor a la que considera el contratista.
  - o Puede pedir al OSCE la suspensión o la inhabilitación del contratista.

En suma, el Estado, en su calidad de representante del interés público, goza de potestades/remedios contractuales que puede ejercer afectando —justa o injustamente, depende de cada caso— al contratista.

Entonces, el arbitraje en contratación pública surge como una especie de equilibrio procedimental a favor del contratista. De esta forma, así como el Estado puede adoptar las medidas antes mencionadas sin

necesidad de arbitraje, el contratista —al menos— tiene la posibilidad de controvertir dichas decisiones a través de un proceso arbitral.

En ese sentido, discrepamos de quienes se escandalizan por el porcentaje de arbitrajes que el Estado pierde. Las cifras no nos deben llamar a extrañeza, pues no hay que olvidar que, en la gran mayoría de casos, es el Estado el que toma las medidas primero y el contratista es quien se ve obligado a recurrir al arbitraje para controvertir la decisión del Estado.

Por lo demás, nótese que los privados tienen un 70% de victorias, pero menos de un 50% de montos adjudicados a su favor. Por nuestra experiencia, es fácil apreciar que rara vez en un arbitraje se lauda el 100% del monto pretendido, pues es común que los demandantes pidan más de lo que realmente les corresponde, o incluso, respecto a algunas pretensiones, ésta se deniega debido a que no se siguieron los procedimientos correctos para viabilizar el reclamo o porque no se prueba todo el *quantum* pretendido. En suma, la afirmación ligera de que el Estado peruano es el gran perdedor de los arbitrajes, debe ser tomada con pinzas.

*c. Los cuellos de botella, problemas y mejoras que se plantean*

Sin dejar de reconocer que el arbitraje es un proceso más eficiente que el proceso judicial, es menester reconocer algunos cuellos de botella del arbitraje, que podrían reformarse y en los cuales existe consenso entre quienes participamos en arbitrajes.

Si bien no somos partidarios de un arbitraje electrónico, sí estimamos que hay ciertos cuellos de botella en los que bien se podría trabajar:

- *Reducir plazos en la instalación de los tribunales.* Hay casos en los que se está demorando la instalación de los tribunales a tiempos inaceptables. Debería haber una mayor celeridad de los centros en resolver las oposiciones a los arbitrajes.

- *Eliminar la audiencia de instalación, a no ser que, por la complejidad del arbitraje, las propias partes lo soliciten.* De no ser el caso, se podría tener un acta que se apruebe por las partes, la secretaría y el tribunal.
  
- *Audiencias ómnibus.* Como comentamos anteriormente, se trata de eliminar la separación temporal de las audiencias (que a la fecha podrían ser 1º audiencia de ilustración; 2º audiencia de saneamiento y fijación de puntos controvertidos; 3º audiencias de pruebas y 4º informes orales, dejando semanas o, a veces meses, entre una y otra audiencia).

En su lugar, sería ideal —como entendemos, ya se está conversando en los centros— tener una resolución de saneamiento y fijación de puntos controvertidos y una sola audiencia, que puede y suele durar más de un día, en la cual, las partes empiecen presentando su caso (ilustración, lo que en inglés se llama *opening statements*), luego continúen presentando sus pruebas (testigos de hecho, expertos y alegaciones sobre documentos, y luego cierran con sus conclusiones (lo que hoy son los informes orales, lo que en inglés se denomina *closing statements*).

#### d. Los Dispute Boards

Los *Dispute Boards* son un mecanismo de solución de controversias muy usados en contratos de construcción —públicos y privados— en virtud del cual, un adjudicador único o una junta (usualmente de tres), acompaña a las partes durante toda la ejecución de la obra, colabora con ellas, absuelve consultas y toma decisiones.<sup>14</sup> La idea de este mecanismo es evitar el arbitraje y solucionar las controversias a tiempo y con un conocimiento cercano de la obra.

---

<sup>14</sup> Aunque existen diferentes variantes de los DB, en los que no deciden sino recomiendan y en los que no son permanentes, sino son *ad-hoc* para una controversia en específico.

Recientemente, además del arbitraje, se está permitiendo la incorporación de los *Dispute Boards* (DB) para contratos de APP<sup>15</sup> y de obras públicas.<sup>16</sup> Sobre esto último, habría que precisar que en los contratos de APP el arbitraje es obligatorio y los DB son opcionales. La norma, contenida en el artículo 23.2 del Decreto Legislativo n.º 1012, ha elegido a los DB que emiten resoluciones vinculantes, las mismas que son recurribles en arbitraje, posteriormente.

En materia de obras públicas, los DB pueden (no son obligatorios sino opcionales) usarse para obras cuyo monto sea superior a los S/ 20 MM. Los DB regulados por la ley peruana son las juntas permanentes, es decir, las que se instalan desde el inicio de la obra. Además de resolver controversias, cuentan con una función de colaboración y de consulta. La normativa de contrataciones pública ha descartado las juntas que recomiendan (*dispute resolution boards*), consagrando sólo aquéllas que deciden las disputas con carácter vinculante (*dispute adjudication boards*).

Cabe señalar que, en obras, las juntas sólo podrán conocer aquellas disputas que se refieran a remedios contemplados expresamente en la legislación y siempre dentro del rango de inicio y fin de la obra. En ese sentido, podrán conocer de disputas relacionadas a ampliaciones de plazo, costos y gastos derivados de ampliaciones de plazo, penalidades por atraso, penalidades por otros conceptos, valorizaciones, recepción de obra, resolución.

En cambio, los DAB no podrán conocer de disputas vinculadas a liquidación (pues, es posterior a la recepción de la obra), vicios ocultos (por la misma razón), indemnizaciones por responsabilidad contractual (porque es un remedio establecido en el Código Civil, no en la normativa de contrataciones públicas), aprobación de adicionales (porque ni siquiera es arbitrable), nulidad (porque sólo es arbitrable).

---

<sup>15</sup> Decreto Legislativo n.º 1224.

<sup>16</sup> Ley n.º 30225.

Consideramos que la implementación de los DAB es un buen paso para la ejecución de las obras y la solución de sus controversias. Sin embargo, para mejorarlo más, sugerimos que (i) se amplíe la esfera de controversias que puedan ser resueltas por esta vía y (ii) se mejora la eficacia de las decisiones de los DAB. Recordemos que aunque no se impugnen en arbitraje —esto es, que además de ser vinculantes desde su notificación, adquieran el carácter de finales por su no impugnación— el remedio del contratista es la resolución del contrato (porque el incumplimiento de una decisión de los DAB es considerado un incumplimiento de una obligación esencial)<sup>17</sup> o la necesidad de iniciar un arbitraje. De *lege ferenda*, sugerimos que las decisiones del DAB no impugnadas a tiempo, deberían ejecutarse como un laudo.

#### IV. RECOMENDACIONES FINALES

Desde nuestra perspectiva personal, para que el sistema arbitral mejore en el Perú, se podría ejecutar las siguientes acciones:

- Incentivar el intercambio de información entre los centros arbitrales sobre las partes, estudios y árbitros.
- Investigar y sancionar inconductas en los arbitrajes, sin que ello sea pretexto para pretender desestabilizar el sistema.
- Capacitar a las entidades públicas en arbitraje, así como a los contratistas, árbitros y secretarios.
- Reducir los plazos de instalación de los tribunales.
- Reducir el número de audiencias, llevando a cabo —en lo posible— una sola gran audiencia.

---

<sup>17</sup> Artículo 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo n.º 350-2015-EF.

- Permitir que las controversias en materia de contratación pública se acumulen al final de la ejecución del contrato, así se evitará que haya dos o más arbitrajes para un solo contrato.
- Ampliar la esfera de controversias que puedan ser conocidas por los DAB y mejorar la ejecución de sus decisiones finales, permitiéndose que se ejecuten como laudos.

Existen muchas más acciones por hacer, pero estimamos que las propuestas presentadas ayudarían considerablemente en mejorar el sistema.

## EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA Y LAS POSIBILIDADES DE DICTAR UNA MEDIDA CAUTELAR

*Daniel Vega Espinoza\**

Sumario: Problema: ¿frente a qué circunstancias, el árbitro de emergencia debe dictar una medida cautelar antes de constituirse el tribunal arbitral?— I. Árbitro de emergencia.— 1.1. Antecedentes.— 1.1.1. Proceso prearbitral.— 1.2. Incorporación del árbitro de emergencia en los reglamentos arbitrales.— 1.3. Incorporación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento.— 1.4. Naturaleza y funciones del árbitro de emergencia.— 1.4.1 Naturaleza.— 1.4.2. Funciones.— 1.5. Derechos y obligaciones del árbitro de emergencia.— 1.5.1. Derechos.— • Autonomía para decidir.— • Derecho de reserva.— • Modificación y/o revocación, total o parcial.— Cobro de honorarios.— • Expectativas.— 1.5.2. Obligaciones.— Deber de revelación.— • Deber de motivación.— • Deber de aplicar las reglas.— • Obligación de apoyar al tribunal arbitral.— • Deber de confidencialidad.— Deber de dictar y procurar la ejecución de la medida cautelar.— 1.6. Procedimiento de emergencia.— 1.6.1. Urgencia y Velocidad.— 1.6.2. Inicio.— 1.6.3. Designación del árbitro de emergencia.— 1.6.4. Recusación.— 1.6.5. Decisión de la medida cautelar.— 1.6.6. Decisión extemporánea de la medida cautelar.— II. Árbitro de emergencia y medidas cautelares.— 2.1. Análisis de la competencia del órgano legitimado en materia cautelar.— 2.1.1. La competencia exclusiva de la jurisdicción estatal.— 2.1.1.1. Motivos que sustentan la adopción de medidas cautelares por el órgano judicial en el pro-

---

\* Abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ceso arbitral.— 2.1.2. La competencia exclusiva de la jurisdicción del tribunal arbitral.— 2.1.2.1. Motivos que sustentan la adopción de medidas cautelares por el tribunal arbitral.— 2.1.3. División de poderes entre jueces y árbitros.— 2.1.3.1. Competencia atribuida en función del tipo de medida cautelar que se pretenda adoptar.— 2.1.3.2. Competencia atribuida en función del momento procesal de la solicitud.— 2.1.3.2.1. Primera fase (desde que se presenta la solicitud de arbitraje hasta el momento en que se constituye el tribunal arbitral).— 2.1.3.2.1.1. Los tribunales nacionales.— • Antes de iniciar el arbitraje.— • Ley aplicable.— • Ejecución.— • Competencia exclusiva por prohibición de las medidas cautelares en sede arbitral.— 2.1.3.2.1.2. Proceso prearbitral.— • Antecedentes.— • Procedimiento prearbitral en el reglamento de la CCI.— • Proceso.— • Poderes del referee.— • Ejecución.— • Panorama actual del procedimiento prearbitral.— 2.1.3.2.1.3. Árbitro de emergencia.— 2.1.3.2.2. Segunda fase (desde la constitución del tribunal arbitral hasta la emisión del laudo).— • Convenio arbitral.— • Reglamento institucional de arbitraje.— • Reglamentos internacionales.— • Reglamentos nacionales.— • Ley de arbitraje.— • Competencia restringida de las medidas cautelares en sede judicial.— • Compatibilidad entre las medidas cautelares en sede arbitral y judicial.— a) Que se trate de las mismas medidas cautelares.— i) Que las medidas cautelares solicitadas en sede arbitral, hayan sido solicitadas antes en sede judicial.— i.1) Que las medidas cautelares se encuentren en trámite.— i.2) Que la medida cautelar haya sido denegada ante la autoridad judicial.— i.3) Que la misma medida cautelar haya sido solicitada primero en sede arbitral y luego en sede judicial.— b) Que se trate de medidas cautelares diferentes.— 2.1.3.2.3. Tercera fase (desde la emisión del laudo arbitral, hasta su ejecución).— 2.2. Posibilidad de adoptar las medidas cautelares *inter partes* o *inaudita altera parte*.— • *Inter partes*.— • *Inaudita altera parte*.— 2.3. Las medidas cautelares adoptables por el árbitro de emergencia.— 2.3.1. Requisitos para otorgar las medidas cautelares.— 2.3.2. Tipos de medidas cautelares.— 2.3.2.1. Medidas cautelares para mantener el *status quo* o evitar daños.— 2.3.2.2. Medidas cautelares para preserva-

ción de pruebas.— 2.3.2.3. Medidas cautelares para asegurar la ejecución del laudo.— 2.3.2.4. Medidas cautelares que ordenan pagos provisionales.— III. Conclusiones.— Bibliografía.

**PROBLEMA: ¿FRENTE A QUÉ CIRCUNSTANCIAS, EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA DEBE DICTAR UNA MEDIDA CAUTELAR ANTES DE CONSTITUIRSE EL TRIBUNAL ARBITRAL?**

El primer paso que realizaremos para poder analizar las medidas cautelares adoptadas en el arbitraje de emergencia, consistirá en la determinación del concepto de árbitro de emergencia, y la posibilidad de introducirlo dentro de nuestro proceso arbitral. Tomando en cuenta que las partes continuamente dirigen sus pedidos cautelares a los tribunales estatales, aun cuando se ha optado por una jurisdicción privada.

Dado que las medidas cautelares no constituyen una figura exclusiva del arbitraje, sino que también son utilizadas por los órganos jurisdiccionales, el presente trabajo se centrará de igual forma en el análisis de esta figura, evitando así analizar otros aspectos, que aun siendo importantes pueden desviar el objetivo del mismo.

## **I. ÁRBITRO DE EMERGENCIA**

Actualmente la institución del árbitro de emergencia se ha convertido en una necesidad potencial dentro del arbitraje. Debido a que las cortes de arbitraje e instituciones más relevantes han modificado o introducido en sus reglamentos esta figura (Miró 2012:38), por ejemplo:

- Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo —CCE—, art. 32 y Anexo II.
- Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional —CCI—, art. 29.

- *The London Court of International Arbitration —LCIA—* de 2014, art. 9. B.
- Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional —Reglamento Suizo—, art. 43.
- Reglamento de Arbitraje de OMPI 2014 (WIPO), art. 49.
- Reglamento de Arbitraje Internacional del *International Centre for Dispute Resolution 2014 – ICDR*, art. 6.
- Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur —Normas SIAC—, art. 26.2, Anexo 1.
- Reglamento de arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid del 2015, art. 37.
- Reglamento de arbitraje internacional de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana —Amcham—, art. 29.
- Reglamento de la *Câmara de Arbitragem do Mercado* —CAM—, art. 5.
- Reglamento de Arbitraje y Mediación de la *Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná* —Camfiop—, art. 7.
- Reglamento de Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje —Cedca—, art. 36.2.

El procedimiento del árbitro de emergencia lo entenderemos como la expresión de lo que Fernando Estavillo llama «medidas de urgencia». Para este autor el árbitro de emergencia fue concebido con el objeto de que la parte que requiere una medida cautelar *urgente*, no espere la constitución del tribunal arbitral, sino que pueda solicitarla incluso antes de ésta en sede arbitral (2013:4).

En ese sentido, el árbitro de emergencia es aquél que actúa para resolver una petición de medida cautelar *urgente*, siempre y cuando se solicite antes del inicio del proceso arbitral o iniciado éste, aún no se haya constituido el tribunal.

Asimismo, debemos establecer que la controversia sujeta a arbitraje, debe estar sometida a una ley o reglamento institucional que regule este procedimiento, y que no exista un acuerdo expreso en contra de la aplicación de este procedimiento (Betancour; Ojeda 2014: 30); puesto que de comprobarse esta restricción, no podrá ser aplicada esta figura dentro del proceso arbitral.

Consideramos que las definiciones realizadas por la doctrina arbitral sobre el árbitro de emergencia, reforzaron la intención de las instituciones arbitrales para regular esta figura dentro de sus reglamentos, pese a haber tenido una primera experiencia con el procedimiento prearbitral regulado en 1990 por la CCI.

Asimismo, coincidimos con Gonzalo Biggs cuando al analizar la legislación arbitral de Chile, propone la introducción de esta figura. Para este autor, los resultados positivos de las instituciones arbitrales que han regulado esta figura en sus reglamentos, justifican plenamente la adopción del árbitro de emergencia, proponiendo sólo una introducción en la regulación, evitando así la modificación legal (por el trámite burocrático que conlleva esto) (2011:23).

No obstante, consideramos que la introducción del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, no sólo debe estar respaldada por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales internacionales; sino que debemos analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales; dado que, en principio, bastaría que el reglamento de una institución nacional lo regule, para que las partes acepten la aplicación de esta figura en su proceso arbitral.

Empero, ¿realmente será provechosa la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento? O tal vez, caigamos en el error del legislador al copiar normas extranjeras sin tener clara su función práctica —haciendo que el arbitraje pierda sus beneficios, y termine pareciéndose

a un proceso judicial— (así, lo que es útil para otros, puede terminar siendo no tan útil para nosotros).

## ***1.1. Antecedentes***

### ***1.1.1. Proceso prearbitral***

Los primeros indicios de la regulación del árbitro de emergencia, los podemos encontrar en el Reglamento del Procedimiento Prearbitral de la CCI de 1990, el cual consta de sólo siete artículos, en donde se desarrolla el proceso a seguir, para que las partes puedan adoptar medidas cautelares de forma inmediata.

La norma que regula el proceso prearbitral, va de la mano con la modificación de los artículos del Código de Procedimientos Civiles de Francia del 12 de mayo de 1981; que tras reconocer que los tribunales arbitrales pueden dictar medidas cautelares, ello no implicaba una renuncia de las partes a solicitar una medida de *référé* (Werdnik 2014: 263; González 2011: 660).

Tomando en cuenta que al momento de la modificación del Código, el legislador francés advirtió que al reconocer que el tribunal arbitral puede dictar medidas cautelares, existe un período de tiempo en donde no se cuenta con un órgano competente para adoptarlas.

Por ello, el procedimiento en *référé*, concede a las partes el beneficio de un procedimiento de emergencia previo al proceso ordinario, y cuya característica, es la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares o ejecutar derechos en forma inmediata, siempre y cuando no sean seriamente controvertidos; para esto se debe cumplir con dos requisitos: (a) que el tribunal no se haya constituido, y (b) que exista urgencia.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Código de Procedimientos Civiles de Francia  
**809** *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire*

El propósito de contar con un procedimiento tan veloz, según Normand (citado por González 2011: 660), es brindar a las partes la posibilidad de solicitar medidas cautelares para la protección de sus derechos y mitigar los efectos de la demora del proceso.

En ese sentido, las partes que optaron por la jurisdicción arbitral, no se verán perjudicadas durante el período de tiempo, en que no se cuenta con el tribunal, debido a que el legislador incluyó el procedimiento en *référé* al arbitraje.

De esa manera, al comprobar las ventajas del procedimiento en *référé*, la Cámara de Comercio Internacional introdujo en su reglamento de 1990, un procedimiento similar. No obstante, una de las razones por las que el procedimiento prearbitral no logró tener la acogida que se esperaba —aun contando con un proceso independiente— era la necesidad de que las partes pacten expresamente, el sometimiento —además de las reglas arbitrales de la CCI—, a las reglas del procedimiento prearbitral.

Actualmente, el reglamento de la CCI del 2012, al regular el procedimiento del árbitro de emergencia, optó por corregir este problema, pasando de un sistema *opt-in* a un sistema de exclusión (Grierson; Van Hooft 2012: 71).

---

*en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.*

*Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.*

**873-1** A la demande de l'une des parties, et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. L'ordonnance emporte saisine du tribunal.

## ***1.2. Incorporación del árbitro de emergencia en los reglamentos arbitrales***

Para empezar, debemos establecer que no hay sistema arbitral, que garantice la constitución inmediata del tribunal —ni aun tratándose de un arbitraje *ad-hoc*— porque se requerirá del concurso de ambas partes para designar a los árbitros o, de ser el caso, de la institución arbitral o justicia ordinaria; proceso que podría tomar semanas, perjudicando a la futura demandante en obtener un resultado satisfactorio (Bordachar 2015: 84).

Frente a este dilema, el arbitraje optó por utilizar el proceso cautelar prejudicial, para adoptar medidas cautelares antes del inicio del proceso; sin embargo, la realidad demostró que ello no era suficiente, puesto que los reglamentos arbitrales comenzaron a introducir procedimientos de emergencia con carácter prearbitral (2015:85).

El reglamento de la CCI del 2012 (artículo 29), introdujo la figura del árbitro de emergencia bajo el sistema de exclusión —salvo pacto en contrario, se aplicará a las partes del proceso—, produciendo un efecto positivo en su aplicación, pues según la estadística realizada por Calevaris y Feris (2014:28-29), en los primeros dos años se otorgaron diez medidas cautelares por el árbitro de emergencia, comprendiendo un total de treinticuatro partes de quince nacionalidades diferentes; y hasta principios de noviembre de 2015, se han admitido a trámite un total de veintitrés solicitudes (Bordachar 2015: 86).

Por su parte el reglamento de arbitraje de la ICDR del 2014 (artículo 6), también introdujo la figura del árbitro de emergencia, estableciendo que cualquier parte podrá solicitar una medida cautelar urgente previo a la constitución del tribunal arbitral, señalando la naturaleza de la medida solicitada, las razones por las que es requerida con carácter de urgencia y las razones por las que acredite que tiene el derecho a esa medida.

De igual forma, *The London Court of International Arbitration* —LCIA— de 2014 (artículo 9.B) dispone que, en cualquier momento hasta antes de la formación del tribunal, cualquiera de las partes podrá solicitar a la Corte el nombramiento temporal de un árbitro de emergencia para el otorgamiento de una medida cautelar.

Con relación a los derechos de la propiedad intelectual, la velocidad y la urgencia, fueron dos elementos preponderantes para que el reglamento de arbitraje de la OMPI, introduzca en su texto al árbitro de emergencia (artículo 49); puesto que a menudo los comerciantes se enfrentan a situaciones, en las que sus derechos pueden verse afectados y si no se tutelan inmediatamente, estos derechos pueden perder su valor.

En España, el reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid del 2015 (artículo 37), introdujo la figura del árbitro de emergencia, y ha dispuesto que las partes podrán solicitar medidas cautelares antes de constituido el tribunal arbitral. Antes de la modificación del reglamento, las medidas cautelares previamente a la constitución del tribunal, sólo podían adoptarse por los tribunales estatales (Fernández 2012: 837).

En nuestra región, podemos mencionar, por ejemplo, que la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana —Amcham—, ha introducido la figura del árbitro de emergencia en su reglamento de arbitraje internacional (artículo 29); pero respecto a su reglamento de arbitraje nacional, la Cámara consideró prudente no introducirlo —por las características y la forma en que se desarrolla el proceso arbitral—. Un dato estadístico es que la Cámara, hasta la fecha, no ha recibido una solicitud para iniciar el proceso de emergencia en el arbitraje internacional.<sup>2</sup>

En el caso de Brasil, sucede una situación muy particular, dado que los tribunales estatales tienen la competencia para dictar medidas cautelares antes del arbitraje —artículo 22 de la ley de arbitraje—; regulación

---

<sup>2</sup> Oficio n.º CAM-106-2016 de fecha 24 de mayo de 2016.

que puede desincentivar a las partes a solicitar el inicio de un proceso de emergencia, y optar por la jurisdicción estatal (Cippitelli 2012: 169).

A pesar de esto, el reglamento de la Câmara de Arbitragem do Mercado —CAM— (artículo 5), proporciona a las partes la posibilidad de contar con un árbitro de apoyo, para adoptar medidas cautelares urgentes, evitando un daño inminente o irreparable; empero, para que la Câmara aplique estas reglas, es necesario que el convenio arbitral contenga una disposición expresa; caso contrario, no podrán ser de aplicación (artículo 5.1.3).

En cambio, el reglamento de arbitraje y mediación de la Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná —Camfiop— (artículo 7), señala que el procedimiento de emergencia será aplicado a todos los procesos que se presenten ante la Câmara, salvo que las partes no deseen aplicarlo, caso en el cual deberán mencionarlo de forma expresa en el convenio arbitral (artículo 7.5).

Por otra parte, en Venezuela encontramos que el reglamento de arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje —Cedca— del 2013 (artículo 36.2), ha incorporado la figura del árbitro de emergencia en su texto; asimismo, es necesario hacer mención a que la administración del Centro ha contribuido para el desarrollo de esta figura, debido a que hasta la fecha se han registrado cuarentiséis medidas cautelares otorgadas por el árbitro de emergencia, y en ninguna de ellas se ha presentado recusaciones contra el árbitro.<sup>3</sup>

Consideramos que la experiencia internacional respecto a la introducción del árbitro de emergencia, ha tenido resultados diferentes; no obstante, hay una marcada orientación por los reglamentos institucionales, en contar con esta figura en sus textos, dadas las ventajas que otorga el procedimiento de emergencia al arbitraje.

---

<sup>3</sup> Comunicado del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje —Cedca— de fecha 30 de mayo de 2016.

### ***1.3. Incorporación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento***

Como indicamos anteriormente, la introducción del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, no sólo debe estar respaldada por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales extranjeras; sino que debemos analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales. Visto que la ausencia de este análisis, podría generar el fracaso del proceso de importación de la figura en mención.

En el Perú, según los datos estadísticos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos-Sunarp-Zona IX, en el año 2014<sup>4</sup> se han inscrito 151 medidas cautelares; y en el año 2015 esta cifra aumentó a 175<sup>5</sup> —en esta información se encuentran las medidas adoptadas en sede judicial y arbitral—. Aun cuando las cifras antes señaladas no son muy estimulantes, incluso existiendo gran número de medidas que no se inscriben en Sunarp, nosotros consideramos todo lo contrario.

Recordemos que en nuestro entorno, existe la idea equivocada de que los árbitros no pueden dictar y ejecutar medidas cautelares —porque carecen del *ius imperium*; es decir, el poder coercitivo—; sin embargo, como se aprecia en la información presentada, Sunarp ha inscrito medidas cautelares dictadas en sede arbitral. Si bien es conocido, que el solo hecho de procurar la inscripción de una medida cautelar, conlleva un procedimiento compuesto, poco a poco la idea primigenia ha cambiado.

De acuerdo a esto, consideramos que desde el aspecto legislativo, no existiría problema alguno para introducir al árbitro de emergencia

---

<sup>4</sup> Oficio n.º 2074-2016-SUNARP-Z.R. n.º IX/UADM de fecha 14 de junio de 2016.

<sup>5</sup> Oficio n.º 2133-2016-SUNARP-Z.R. n.º IX/UADM de fecha 17 de junio de 2016.

—más aún cuando el propio legislador ha adecuado las leyes y reglamentos—. Tomando en cuenta que el árbitro de emergencia tendría similares facultades que el tribunal, para adoptar medidas cautelares y, de considerarlo conveniente, requerir la asistencia de la fuerza pública o autorizar la ejecución judicial; con cargo a identificar en qué situaciones el árbitro deberá requerir asistencia judicial.

Por otro lado, la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales, es un aspecto importante a tomar en cuenta, puesto que el éxito de la aplicación de esta figura en los reglamentos extranjeros, se halla en el factor tiempo.

¿Por qué este análisis podría ser importante? La respuesta no es compleja. Resulta evidente la diferencia de la forma de administración del arbitraje en sede nacional, con los centros internacionales;<sup>6</sup> pese a ello, consideramos que incorporar al árbitro de emergencia ayudaría a la eficiencia del arbitraje; todo esto, porque pueden darse situaciones especiales que compliquen el proceso —recusación, prórroga de la audiencia de ilustración o renuncia del árbitro—, generándose una dilación del tiempo que puede afectar los intereses del demandante.

Finalmente, creemos que lo trascendental no es sólo la incorporación de la figura del árbitro de emergencia en nuestros reglamentos; visto que, si no es aplicada correctamente, podemos encontrarnos con un panorama negativo sin utilidad para el arbitraje. Gran parte del éxito de esta figura dependerá de la forma de regulación de los centros institucionales, la posibilidad de acceder al inicio del procedimiento —el costo

---

<sup>6</sup> Como ejemplo podemos tomar el proceso de arbitraje llevado por la CCI. Una vez entregado el expediente al tribunal arbitral, éste tendrá la competencia para adoptar las medidas cautelares que considere convenientes; no obstante, previo a esta entrega, la Secretaría Arbitral tramitó y trasladó la demanda (por treinta días) y la contestación de demanda (si se presenta reconvencción, se otorga treinta días) —prorrogables de ser el caso—, luego de la entrega del expediente, el tribunal elaborará el acta de misión (lo que para nosotros puede asemejarse al acta de fijación de puntos controvertidos).

que demandará para activarlo—, el cuidado de la confidencialidad de las medidas y la experiencia e imparcialidad de los árbitros designados.

#### ***1.4. Naturaleza y funciones del árbitro de emergencia***

##### ***1.4.1. Naturaleza***

En cuanto a la naturaleza del árbitro de emergencia, ésta puede verse confundida por los textos de los reglamentos institucionales, ya que a diferencia del proceso prearbitral de la CCI de 1990 —el cual define como *referee* a la persona que tomará la decisión sobre la adopción de la medida cautelar solicitada—, los reglamentos institucionales lo denominan «árbitro».

Por su parte Werdnik, sostiene que el término empleado, será el primer indicio para considerar al árbitro de emergencia, como un árbitro en términos del artículo 1 de la Convención de Nueva York de 1958; aun así, al revisar la Convención de Nueva York, identificamos que en su texto no define los términos «laudo arbitral ni árbitros» (2014:270).

Como ya se ha expresado, el proceso prearbitral distinguía entre *referee* —persona que decidía sobre la adopción de la medida cautelar solicitada—, y el tribunal arbitral —órgano competente para decidir sobre la controversia sometida a arbitraje—, con la finalidad de demostrar que estamos frente a dos figuras distintas.

A pesar de esto, en Singapur, el árbitro de emergencia está comprendido en la definición de «tribunal arbitral», tal como se aprecia en la Ley de Arbitraje Internacional modificada en el 2012:

Artículo 2.- (1) —In this Part, unless the context otherwise requires, «arbitral tribunal» means a sole arbitrator or a panel of arbitrators or a permanent arbitral institution, and includes an emergency arbitrator appointed pursuant to the rules of arbitration agreed to or adopted by the parties including the rules of

arbitration of an institution or organization. (El subrayado es nuestro).

En ese sentido, a primera vista el texto de la ley podría llevarnos a afirmar que el árbitro de emergencia y el tribunal arbitral son un mismo órgano, sólo que en etapas distintas.

No obstante, el reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur —SIAC—, ha zanjado el dilema (artículo 26.2 y anexo 1), al regular que el árbitro de emergencia y el tribunal arbitral no son el mismo órgano, por las siguientes razones:

- La solicitud para iniciar un procedimiento de emergencia será antes de la constitución del tribunal.
- Un árbitro de emergencia no puede actuar como un árbitro en el arbitraje, salvo acuerdo entre las partes.
- El árbitro de emergencia tiene las mismas facultades conferidas al tribunal arbitral.
- El árbitro de emergencia no tendrá ninguna otra participación después de la constitución del tribunal arbitral.
- Los costos del procedimiento de emergencia, inicialmente serán asignados por el árbitro de emergencia, sin perjuicio de la facultad del tribunal para determinar finalmente el reparto de los costos.

Por tanto, el árbitro de emergencia tiene una naturaleza cautelar independiente, provisional y perentoria —en contrapartida del tribunal arbitral—, con la facultad exclusiva de dictar medidas cautelares antes del inicio del proceso arbitral o iniciado éste, aún no se haya constituido el tribunal (Betancourt, Ojeda 2014: 31).

Teniendo presente que la competencia para adoptar medidas cautelares en el arbitraje, normalmente corresponde al tribunal arbitral; por ello, afirmamos que el procedimiento de emergencia tiene naturaleza

cautelar, excepcional y privilegiada, sólo para dictar medidas cautelares urgentes antes de la constitución del tribunal (Miró 2013:42-45).

#### ***1.4.2. Funciones***

Una parte de la doctrina sostiene que el árbitro de emergencia tiene las mismas funciones que el tribunal arbitral; pero esto no es exacto, dado que el árbitro de emergencia se distingue porque tiene menos funciones que el tribunal, y esto sólo podrá ser identificado una vez que tribunal arbitral se haya constituido.

Creemos que el árbitro de emergencia es funcionalmente similar al tribunal arbitral; por ello, para estudiar esta figura lo compararemos con el tribunal —aunque todavía no esté constituido—, teniendo presente dos advertencias: i) el árbitro de emergencia está limitado por los límites de tiempo, elemento que no se aplica al tribunal; y ii) la decisión del árbitro de emergencia sobre la medida cautelar, puede ser revisada por el tribunal (Giaretta 2012: 215).

De manera que al iniciarse el procedimiento de emergencia, el árbitro lo dirigirá de una forma justa, rápida y económica; y respecto a los principios de equidad e igualdad, deberán ser aplicados durante todo el procedimiento, otorgándose a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de defensa.

Finalmente, debemos tener presente que el árbitro de emergencia sólo tiene competencia para dictar la medida cautelar solicitada, la cual tiene un efecto temporal, evitando así realizar algún prejuizgamiento sobre la controversia sometida a arbitraje (Grierson 2012: 65).

#### ***1.5. Derechos y obligaciones del árbitro de emergencia***

En este escenario, Giaretta recomienda que los árbitros nombrados en el procedimiento de emergencia, en primer lugar, deban tomar nota de

los derechos y obligaciones derivados de la legislación aplicable, ya que sería muy inusual que estos derechos y obligaciones otorgados por la legislación, sean contrarios con los regulados en los reglamentos institucionales (2012: 198).

Un ejemplo de lo señalado en el párrafo anterior, ocurre cuando un tribunal arbitral, al realizar un proceso bajo las normas del reglamento de arbitraje de la SIAC, está obligado a cumplir las obligaciones contenidas en la Ley n.º 30 de 1999, debiendo introducir las siguientes palabras «*Demi keadilan berdasarkan ketuhanan yang maha esa*»,<sup>7</sup> en el encabezado del laudo.

### 1.5.1. *Derechos*

- *Autonomía para decidir*

El árbitro de emergencia, es autónomo en sus actuaciones dentro del procedimiento de emergencia, debiendo procurar en todo momento, que sus actuaciones estén dentro de lo permitido por las normas del reglamento arbitral aplicable (Betancourt 2014: 32).

- *Derecho de reserva*

El árbitro podrá, a discreción, dirigir el orden del procedimiento de emergencia, excluir documentación innecesaria o solicitar la presentación de mayores garantías, decisión que dependerá únicamente del criterio del árbitro (Giaretta 2012: 210).

- *Modificabilidad y/o revocación, total o parcial*

En todos los reglamentos arbitrales<sup>8</sup> en los que se introdujo el proce-

---

<sup>7</sup> «En aras de la justicia basada en la creencia del Dios todopoderoso» (traducción libre).

<sup>8</sup> Reglamento de arbitraje de la CCI art. 6.8 - Anexo v.

dimiento de emergencia, se ha regulado que las medidas cautelares adoptadas por el árbitro, pueden ser siempre modificadas, adecuadas, cambiadas e incluso dejadas sin efecto; asimismo, esta facultad no sólo será realizada por el árbitro de emergencia, sino además por el propio tribunal (Miró 2013:48).

Respecto a los supuestos o circunstancias, por las que se acredite la necesidad de la modificación, se deja a discreción del propio árbitro, disponer la variación correspondiente.

- *Cobro de honorarios*

El árbitro de emergencia, tiene el derecho de percibir una contraprestación por los servicios realizados; en ese sentido, los centros de arbitraje deberán establecer la forma de pago del solicitante, la cuantía necesaria para el inicio del procedimiento de emergencia y, de ser el caso, prever la posibilidad de una nueva liquidación. Todo esto, para asegurar el pago oportuno al profesional.

- *Expectativas*

Por último, consideramos que los árbitros de emergencia tienen expectativas —facultades que no están establecidas en normas, leyes o acuerdos— que son generalmente aceptadas, por ejemplo, programar una audiencia citando a las partes (salvo que el árbitro decida adoptar la medida cautelar en *inaudita altera parte*).

---

Reglamento de arbitraje de la Cnudmi art. 26.

Reglamento de arbitraje de la ICDR art. 37.5.

Reglamento de arbitraje de SCC art. 9 - Anexo II.

### 1.5.2. Obligaciones

- *Deber de revelación*

El árbitro de emergencia tiene la obligación de revelar cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas, respecto a su imparcialidad o independencia; de igual forma, comunicar si no posee las calificaciones exigidas por la parte o el centro.

Así, una vez recibida la revelación, los centros de arbitraje deberán trasladar la información a las partes; en este punto podemos identificar dos supuestos: i) Que el procedimiento de emergencia sea con conocimiento de la contraparte, de manera que ambas podrán contar con la información y, de ser el caso, cuestionar la calidad de árbitro antes de que se dicte la medida cautelar; y ii) Que el procedimiento de emergencia sea *inaudita altera parte*; en este caso, la parte solicitante deberá analizar si el árbitro puede ser objeto de futuros cuestionamientos, puesto que su contraparte contará con la información posterior a la ejecución de la medida cautelar, y de declararse fundado el cuestionamiento, la medida otorgada quedará sin efecto.

- *Deber de motivación*

Un requisito de carácter constitucional en todas las jurisdicciones —arbitral y judicial—, es la necesidad de motivación de las decisiones de los juzgadores; tomando en cuenta que en el procedimiento de emergencia, el árbitro contará con un tiempo breve para analizar el caso, debido a que la urgencia de la medida lo demanda.

De acuerdo a esto, se necesitará profesionales capacitados en materia cautelar, para realizar una correcta motivación en las decisiones de medidas cautelares, no sólo motivando la decisión final; sino que deberán motivar la efectiva concurrencia de los presupuestos, requisitos y circunstancias para la adopción de las medidas: asimismo, los elementos

propios del procedimiento de emergencia —urgencia—, y la instrumentalidad de la medida solicitada (Miró 2013: 41).

Respecto a los presupuestos o requisitos para la adopción de las medidas cautelares, ellos dependerán de la regulación de cada reglamento institucional.

- *Deber de aplicar las reglas*

Las normas contenidas en los reglamentos institucionales, vinculan a los árbitros para su aplicación durante todo el desarrollo del proceso; empero, el árbitro de emergencia podrá decidir la forma de aplicación de estas reglas, según sea el caso. Por tanto, este deber implica que el árbitro debe procurar la aplicación de las normas del reglamento institucional, salvo que —previa disposición expresa y situación razonable— se decida no aplicarlas (Giaretta 2012: 218).

- *Obligación de apoyar al tribunal arbitral*

El árbitro de emergencia tiene el deber de ayudar al tribunal arbitral, proporcionando toda la información requerida, así como los materiales presentados por las partes y utilizados por él, para la adopción de las medidas solicitadas; tomando en cuenta que, una vez constituido el tribunal, de considerarlo pertinente, éste podrá modificarlas, sustituirlas o dejarlas sin efecto.

- *Deber de confidencialidad*

El árbitro de emergencia está obligado a mantener en todo momento la confidencialidad, y más aún, cuando se trata de solicitudes de medidas cautelares. No debiendo utilizar dicha información, en beneficio propio o de terceros, o para afectar los intereses de otros (2012: 206).

- *Deber de dictar y procurar la ejecución de la medida cautelar*

Esta obligación demanda al árbitro realizar todos los esfuerzos razonables para dictar una medida cautelar válida y en el período de tiempo oportuno (Werdnik 2014: 272); asimismo, procurar la ejecución de las medidas adoptadas; no obstante, de ser el caso que las medidas necesiten una ejecución forzada —dado que los árbitros carecen del *ius imperium*; es decir, el poder coercitivo— solicitar el apoyo de la autoridad judicial o autorizar a la parte solicitante acudir a los tribunales estatales para que a través de ellos, se ejecuten las medidas cautelares.

### **1.6. Procedimiento de emergencia**

Si bien como dice William W. Park, el principal deber de un árbitro, es dictar el laudo que pone fin a la controversia sometida a arbitraje (2011: 291); sin embargo, la *International Arbitration Survey*, realizada por *Queen Mary University of London* en el 2010, demostró que la capacidad para dictar un laudo de alta calidad, era menos importante que la necesidad de inicio y avance del proceso, la equidad y la experiencia del árbitro (2010: 26).

Los viejos adagios de que «justicia que tarda no es justicia» y «justicia acelerada es justicia enterrada», nos ilustran acerca de las dificultades que los centros de arbitraje se enfrentan al establecer un procedimiento; ya que, por un lado tenemos la posición escrupulosamente justa y por el otro la rápida y económica del proceso en el arbitraje (Giaretta 2012: 202).

El escenario descrito suele llamar la atención del lector. Pese a ello, la realidad nos ha demostrado que los usuarios en el arbitraje procuran un procedimiento veloz; y quizás nuestros pensamientos arraigados de enfoques tradicionales, no facilitan el desarrollo de esta característica. Por ello, si procuramos la incorporación del árbitro de emergencia en nuestro proceso, tenemos que establecer un procedimiento hecho bajo las características propias de esta figura —urgencia y velocidad—.

### 1.6.1. Urgencia y velocidad

De alguna manera, los principales reglamentos arbitrales establecen presupuestos y requisitos similares, siendo los requisitos universalmente aceptados en el derecho comparado, para la adopción de medidas cautelares; el *periculum in mora* y *fumus boni juris*; y en caso no estén regulados en los reglamentos, son naturales a todas las medidas cautelares (Miró 2013: 41).

No cabe duda de que la legislación y los reglamentos de arbitraje dejan a la discrecionalidad de los árbitros el análisis del cumplimiento de estos requisitos y que de igual forma sucede en el procedimiento de emergencia. Incluso se añade un elemento particular —*la urgencia*—, que no se trata de una circunstancia típica de urgencia, sino que tiene que ser «excepcional»; en la medida de que, el elemento de urgencia, más el carácter excepcional, justifican el inicio y la adopción de las medidas cautelares por el árbitro de emergencia, debido a que podríamos estar frente a un irreparable (2013:42).

Consideramos que el inicio del procedimiento de emergencia debe estar provisto del elemento urgencia, una urgencia que no pueda esperar a la constitución del tribunal arbitral<sup>9</sup> —sin menoscabo del aseguramiento de laudo—; por tanto, al ser un elemento especial, debe acreditarse para que el árbitro de emergencia pueda motivar su decisión, caso contrario, no se dictará la medida (2013:43).

Con relación a la velocidad, el campo de los derechos de la propiedad intelectual, nos puede aclarar el uso de este elemento.

---

<sup>9</sup> Reglamento de arbitraje de la CCE, art. 32 y Anexo II.  
Reglamento de arbitraje de la CCI, art. 29.1.  
Reglamento de arbitraje de la LCIA de 2014, art. 9. B.  
Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional - Reglamento Suizo, art. 43.1.  
Reglamento de arbitraje ICDR, art. 37.

Recordemos que los derechos de propiedad intelectual, como las patentes, marcas, diseños, fórmulas, registros, etc., son otorgados por las autoridades nacionales; y al ser derechos de partes de distintas jurisdicciones, susceptibles de someterse a arbitraje, a menudo los comerciantes se enfrentan a situaciones en las que sus derechos pueden verse afectados y si no se tutelan inmediatamente, estos derechos pueden perder su valor.

En ese sentido, tal como lo expresó Francis Gurry<sup>10</sup> —al criticar el procedimiento prearbitral de la CCI de 1990, porque se tardaba hasta siete días para designar al árbitro—, la velocidad y la urgencia son dos elementos preponderantes para la adopción de las medidas cautelares; tomando en cuenta que, de no tratarse la urgencia de forma rápida, podríamos encontrarnos en una situación en donde el derecho de la parte ya no pueda ser restaurado, produciéndose un daño irreparable.

Estos aportes incentivaron a que el reglamento de arbitraje de la OMPI, introduzca en su texto al árbitro de emergencia, a fin de hacer más eficientes los procesos arbitrales llevados por la institución.

Finalmente, dada la velocidad con la que el árbitro de emergencia deberá tomar la decisión, el tribunal arbitral una vez constituido, tendrá la facultad de realizar una segunda mirada a las medidas adoptadas; puesto que al estar en un procedimiento rápido, el árbitro de emergencia pasará menos tiempo analizando la medida que el tribunal (Grierson 2012: 69).

### *1.6.2. Inicio*

Los requisitos generales que las partes deben cumplir para el inicio del procedimiento de emergencia son:

---

<sup>10</sup> GURRY, Francis. «The Need for Speed». Conferencia Biennial Ifcai del 24 de octubre de 1997. Ginebra, Suiza. Haciendo la precisión de que en 1997, todavía se encontraba vigente el procedimiento prearbitral de la CCI de 1990. <http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1997/october/gurry.html> (revisado el 10 de junio de 2016).

- Nombre y dirección de cada una de las partes.
- La descripción de las circunstancias que dieron origen a la petición.
- La medida cautelar solicitada.
- Los fundamentos por los que se requiere la adopción de la medida cautelar.
- El convenio o acuerdo de arbitraje.
- El comprobante de pago, por concepto de tasa del procedimiento.

Por otro lado, consideramos necesario incluir un requisito importante, que ayudará a evitar futuros problemas:

- ***Declaración jurada por el solicitante, mediante la cual se comprometa a no presentar una solicitud cautelar en otra jurisdicción en forma paralela; caso contrario, se dejará sin efecto el inicio del proceso de emergencia.***

***Y en caso hubiese otorgado la medida cautelar, el árbitro de emergencia dispondrá la cancelación de ésta.***

Con cargo a desarrollarlo luego, aunque varios reglamentos sostienen que no son incompatibles, el propósito de esta declaración es evitar la presentación de la misma solicitud de medida cautelar en jurisdicciones distintas; y que de no solucionarse en esta etapa, se podría generar una controversia de jurisdicciones.

### ***1.6.3. Designación del árbitro de emergencia***

Por la misma naturaleza del procedimiento, la designación del árbitro de emergencia deberá realizarse de manera veloz; asimismo, el centro deberá contar con una lista de árbitros capacitados, para que el presidente o director designe a la persona como árbitro.

El órgano facultado para realizar la designación, deberá analizar si el árbitro tiene disponibilidad para llevar el procedimiento de manera rápida y eficiente; y si es capaz de dar al proceso el tiempo y dedicación que las partes esperan razonablemente (Giaretta 2012: 206).

Respecto al plazo para la designación; no hay uniformidad en los reglamentos; no obstante, ésta se realiza de forma rápida. Por ejemplo, en la CCI,<sup>11</sup> una vez recibida la solicitud, se cuenta con dos días para nombrar al árbitro. En la CIRDR<sup>12</sup> el centro cuenta con un día para designar al árbitro. En la LCIA,<sup>13</sup> la corte cuenta con tres días para designar al árbitro. En el reglamento suizo,<sup>14</sup> sólo se hace mención a que la designación debe ser tan pronto se reciba la solicitud. Por su parte en el reglamento del Cedca el director designará dentro de los cinco días de recibida la solicitud; entre otros.

#### *1.6.4. Recusación*

La recusación es aquella figura jurídica, mediante la cual, las partes cuestionan la calidad de los árbitros que participan en el proceso, por existir circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia; así como por no contar con las cualidades —preparación, por ejemplo— convenidas por las partes o por la ley y reglamento.

Sin embargo, debemos advertir que esta figura, es una moneda de doble cara. Puesto que es un mecanismo por el cual se evita que la futura decisión sea materia de cuestionamientos —por la sospecha de la objetividad de los árbitros—; también puede ser utilizada como un medio para entorpecer el avance del proceso.

---

<sup>11</sup> Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional - CCI Apéndice v, art. 2.

<sup>12</sup> Reglamento de arbitraje ICDR, art. 6.2.

<sup>13</sup> Reglamento de arbitraje de la LCIA de 2014, art. 9. B. (9.6).

<sup>14</sup> Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional - Reglamento Suizo, art. 43.2.

Tal como lo señalan Fernández Ramos y Pérez Monguió, la recusación es, sin duda, el único incidente que suspende el proceso arbitral, pudiendo incluso declararse la nulidad de las actuaciones arbitrales (2012: 157).

Creemos que el tema de la recusación debe ser arduamente analizado por los reglamentos arbitrales que decidan incorporar la figura del árbitro de emergencia. Todo esto porque al encontrarnos con un procedimiento que se caracteriza por la rapidez, la recusación puede ser utilizada como un medio para entorpecer la decisión del árbitro.

Gran parte de los reglamentos han optado por permitir a las partes presentar algún cuestionamiento al árbitro de emergencia antes de la decisión de las medidas, otorgando un plazo breve —entre 1, 2 ó 3 días—<sup>15</sup> para presentar la recusación, y luego del descargo del árbitro cuestionado, la corte del centro resolverá la recusación.

Debemos añadir que todos estos actos, deberán ser realizados de forma rápida y aunque el reglamento de la CCI no lo establezca, el árbitro puede continuar con sus actuaciones, y de ser declarada fundada la recusación, las medidas cautelares adoptadas quedarán sin efecto.

Otra parte de los reglamentos ha normado la figura de la recusación de manera distinta. En el sentido de que éstos han optado por otorgar o no la medida en *inaudita altera parte*, trasladando a un momento posterior, la posibilidad de las partes para recusar al árbitro de emergencia.

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en el proceso de medidas cautelares del reglamento de arbitraje del Cedca del 2013; en el cual la postura de la administración del centro, optó porque la recusación y oposición a las medidas adoptadas, sean posteriores a la decisión del árbitro. Teniendo presente que, al estar en un procedimiento de urgencia, la prioridad siempre será que el proceso se realice de forma rápida.

---

<sup>15</sup> Reglamentos de arbitraje de la SCC, ICDR, SIAC y CCI.

Hasta la fecha, el centro del Cedca ha registrado cuarentiséis medidas cautelares otorgadas por el árbitro de emergencia, y en ninguna de ellas se han presentado recusaciones contra el árbitro.<sup>16</sup>

Consideramos que ambas posturas sobre la recusación al árbitro son válidas; empero, cada una de ellas, demandará la realización de determinados actos. Por ejemplo, en la primera opción, el centro deberá procurar resolver las recusaciones de manera rápida, ya que el cuestionamiento al árbitro no detiene el procedimiento de emergencia. Y, en la segunda opción, de ser el caso que se declare fundada la recusación, prever el mecanismo para dejar sin efecto las medidas adoptadas, indicando que dependerá del centro de arbitraje elegir una de éstas.

### *1.6.5. Decisión de la medida cautelar*

En este punto, recordemos que las decisiones tomadas por el árbitro de emergencia, deben ser anteriores a la constitución del tribunal arbitral; todo ello porque estamos frente a una figura provisional y perentoria, cuya competencia sólo estará vigente hasta antes de la constitución del tribunal. En ese sentido, cada centro de arbitraje deberá procurar que la decisión del árbitro sea tomada de forma rápida.

Por ejemplo, en la CCI,<sup>17</sup> la decisión debe ser tomada en el plazo de quince días (prorrogables por el presidente, de ser el caso). En la CIRDR,<sup>18</sup> el árbitro podrá decidir hasta antes de la constitución del tribunal. En la LCIA,<sup>19</sup> la decisión debe ser tomada dentro de los catorce días posteriores a la designación (prorrogables por la corte, de ser el caso). En el reglamen-

<sup>16</sup> Comunicado del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje —Cedca—, de fecha 30 de mayo de 2016.

<sup>17</sup> Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional —CCI—, Apéndice v-art. 6.4.

<sup>18</sup> Reglamento de arbitraje *International Centre for Dispute Resolution*-Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR-CIRD), art. 6.5.

<sup>19</sup> Reglamento de arbitraje de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) de 2014, art. 9. B. (9.8).

to suizo,<sup>20</sup> la decisión debe ser tomada en el plazo de quince días de entregado el expediente al árbitro. En el Cedca, la decisión debe ser tomada en el plazo de diez días después de constituirse el árbitro de urgencia.

### *1.6.6. Decisión extemporánea de la medida cautelar*

El escenario se dará cuando el árbitro de emergencia, pese a haber realizado todos los esfuerzos razonables para decidir sobre las medidas solicitadas, no haya logrado emitir un pronunciamiento dentro del plazo otorgado, teniendo en cuenta que la mayoría de los reglamentos de arbitraje concede un plazo fijo a los árbitros.

Por ello, los reglamentos de arbitraje que han incorporado esta figura, contemplan la posibilidad de una prórroga del plazo; en ese sentido, el presidente o director del Centro, frente a circunstancias debidamente justificadas, podrá conceder prórrogas a los árbitros de emergencia.

No obstante, estas prórrogas tienen momentos o topes más allá de los cuales no es posible otorgarlas. Por ejemplo, en la CCI (artículo 6.4-Apéndice v), el árbitro de emergencia pierde jurisdicción para dictar, modificar o dejar sin efecto las medidas cautelares, con la entrega del expediente al tribunal arbitral. En la CIRD (artículo 6.5), el árbitro pierde jurisdicción con la constitución del tribunal. Asimismo, en la SCC (artículo 1.2-apéndice II), con la remisión del caso al tribunal arbitral. De igual forma, en el reglamento suizo (artículo 43.7), el árbitro perderá jurisdicción con el traslado del expediente al tribunal.

Entonces, la pregunta que debemos hacernos es: ¿qué sucede si el árbitro de emergencia decide fuera del plazo otorgado?

Sobre esto, Màrius Miró identifica dos soluciones:

---

<sup>20</sup> Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional-Reglamento Suizo, art. 43.7.

- Aplicar analógicamente los artículos 23 y 37 de la ley de arbitraje de España; referido a que la expiración del plazo sin que se haya dictado el laudo, no afectará la eficacia del convenio ni la validez del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir los árbitros (2013: 47).

Sin embargo, el propio artículo 37 de la ley es aplicable, en caso no haya acuerdo en contrario entre las partes; y que una causal de anulación del laudo, está referida a que no se haya seguido con el procedimiento acordado —en este caso, el reglamento institucional—. Por tanto, la expedición de la decisión fuera del plazo sería muy cuestionada (2013: 48).

- La otra posibilidad es que el árbitro sólo tiene jurisdicción atribuida por las partes y durante el tiempo por el que se le haya otorgado. Finalizado éste, el árbitro ya no puede adoptar las medidas cautelares solicitadas, puesto que éstas serían nulas de pleno derecho (2013: 48).

Finalmente, consideramos que la segunda opción es la más adecuada, en razón de que una vez constituido el tribunal arbitral, éste es el órgano competente para dirigir el arbitraje, así como para resolver todos los incidentes durante el proceso. Por tanto, si el árbitro de emergencia no logró decidir sobre las medidas solicitadas, éstas deberán ser resueltas por el tribunal —sin perjuicio de la responsabilidad del árbitro—.

## II. ÁRBITRO DE EMERGENCIA Y MEDIDAS CAUTELARES

Nos gustaría afirmar que el arbitraje es autosuficiente para solucionar una controversia; empero, ello no es así. Durante el proceso arbitral habrá ocasiones en que exista la necesidad de emitir una medida cautelar (Martins; Navarro 2013: 103), dado que en situaciones especiales, el proceso puede demorar más de lo que se cree, quedando las partes en un riesgo de obtener un laudo infructuoso.

Respecto al término, se ha utilizado diferentes denominaciones en las normas internacionales sobre arbitraje; por ejemplo: medidas provisionales de protección,<sup>21</sup> medidas cautelares y provisionales,<sup>22</sup> *interim and conservatory measures*,<sup>23</sup> medidas cautelares y órdenes provisionales,<sup>24</sup> medidas provisionales<sup>25</sup> o medidas cautelares.<sup>26</sup>

El artículo 47.2 de nuestra ley de arbitraje señala:

- [...] 2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
- a. Que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia;
  - b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
  - c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
  - d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

De acuerdo a esto, al denominarse por la ley de arbitraje «medidas cautelares», y dentro de ésta engloba a todos los tipos de medidas; en el presente trabajo, con la finalidad de tener uniformidad, utilizaremos la denominación que la ley atribuye.

<sup>21</sup> Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo —CCE—, art. 31.

<sup>22</sup> Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional —ICC—, art. 28.

<sup>23</sup> Reglamento de arbitraje de LCIA, art. 25.

<sup>24</sup> Ley Modelo de la Cnudmi-Capítulo iv. Sección i. art. 17.

<sup>25</sup> Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur —SIAC—, art. 26.

<sup>26</sup> Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, art. 47.

En esa línea, entenderemos por medida cautelar a una protección provisional. Tal como lo expresó Werdnik, al señalar que la medida cautelar es una protección provisional, cuyo propósito es garantizar la ejecución del laudo al finalizar el proceso, eliminando cualquier posibilidad de no ejercerlo (2014: 251-252).

En otras palabras, las medidas cautelares son herramientas utilizadas por los tribunales (estatales o arbitrales), durante el desarrollo del proceso, que buscan proteger y facilitar el cumplimiento y la ejecución del laudo (González 2011: 625).

Dentro del marco teórico, Mallandrich (citado por Amprimo 2013: 62), define a la medida cautelar como el mecanismo dirigido a mitigar los efectos del tiempo en el proceso, permitiendo asegurar que cuando, finalmente, se dicte la resolución sobre el fondo, ésta pueda ser eficaz.

Asimismo, el Tribunal del Noveno Circuito de Apelaciones de la Corte de los Estados Unidos, realizó una definición de las medidas provisionales (un poco ortodoxa, pero aclara el panorama): «ayuda o alivio temporal equitativo en el arbitraje, esencial para preservar los bienes o hacer cumplir el requerimiento que si no se conserva o ejecuta, se puede emitir un fallo sin sentido».<sup>27</sup>

Sin dejar de advertir que la adopción de una medida cautelar por el tribunal o por el árbitro de emergencia puede ser una moneda de doble cara; ya que ésta podría ser, para la protección de un interés digno de tutela o, por el contrario, entorpecer el ejercicio legítimo de un derecho, consiguiendo el tiempo necesario para transferir los bienes fuera de la jurisdicción del laudo, en que puede producir efectos (Amprimo 2013: 60).

Asimismo, el solicitar una medida cautelar antes del proceso arbitral, conllevará a que el árbitro de emergencia realice un análisis veloz del

---

<sup>27</sup> *Pacific Reinsurance Management Corp vs. Ohio Reinsurance Corp. - United States Court of Appeals* (9<sup>th</sup> Cir. 1991), párrafo 14.

caso —no significa que el análisis será breve o simple—, con la finalidad de verificar la existencia de elementos suficientes para dictar la medida cautelar.

En conclusión, podemos considerar que las medidas cautelares, son una herramienta que procura el *status quo* entre las partes del proceso, evitando así que los efectos del tiempo puedan producir consecuencias desfavorables. No obstante, al llevarse al campo del arbitraje de emergencia, las medidas deben cumplir un requisito fundamental para su adopción, el cual debe provenir de una necesidad urgente (que no puede esperar a la constitución del tribunal arbitral); este requisito será el que marque la diferencia en el análisis del caso por el árbitro.

### ***2.1. Análisis de la competencia del órgano legitimado en materia cautelar***

Cada sistema estatal de arbitraje y los reglamentos de las distintas instituciones arbitrales, regulan de forma autónoma la emisión de medidas cautelares; en ese sentido, realizaremos un análisis comparativo, puesto que las medidas cautelares en el proceso arbitral, pueden ser adoptadas por los árbitros y de manera excepcional por los jueces; por ello, la legitimidad de la competencia dependerá de una norma o reglamento institucional.

Lo primero que debemos identificar es si el órgano arbitral o jurisdiccional que emite la medida cautelar, tiene la facultad de dictarla y de garantizarla o, por el contrario, carece de él. Debiéndose analizar, en principio, la existencia del acuerdo expreso antes o, posterior a la controversia; por otro lado, se tiene que analizar la norma de arbitraje estatal o institucional elegida por las partes (Lapiedra 2008: 42).

Consideramos que la emisión de medidas cautelares en el arbitraje, es particular, debido a que el árbitro carece de foro propio, debiendo analizarse, en principio, la aplicación de las normas pactadas por las

partes, para identificar la competencia del órgano, respetando en todo momento la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral (2008: 43).

### *2.1.1. La competencia exclusiva de la jurisdicción estatal*

De acuerdo con este planteamiento, la única vía posible para la adopción de medidas cautelares en el proceso arbitral es la judicial, aun cuando puede ser una posición extrema, existe un reducido número de países que opta por esta solución.

Los sistemas que niegan la competencia de los árbitros en materia cautelar, pueden dividirse en dos grupos: A) Los que la niegan de forma expresa; B) Los que la niegan de forma implícita.

En el primer grupo, tenemos, por ejemplo, el sistema italiano, que en el artículo 818 del *Codice de Procedure Civile*, señala «Los árbitros no pueden autorizar embargos ni otras medidas cautelares».

De manera que cualquier pacto en contrario por las partes será nulo; y de igual forma, si un reglamento institucional de arbitraje atribuye esta competencia a los árbitros para la emisión de medidas cautelares, esta disposición carecería de valor (Patania 2012: 482).

Asimismo, el sistema griego en el artículo 889.1<sup>28</sup> del Código de Procedimiento Civil señala: «1. Los árbitros no podrán ordenar, modificar o revocar las medidas provisionales de protección [...]»; y aun cuando Grecia posee una ley de arbitraje (n.º 2735/1999), en donde se reconoce que el tribunal arbitral puede emitir medidas cautelares, este dispositivo no deroga las normas del Código de Procedimientos Civiles, sino dispone que la decisión del tribunal arbitral sobre medidas caute-

---

<sup>28</sup> Article 889.-

1. The arbitrators may not order, amend, or revoke interim measures of protection. [...].

lares, podrá ser revocada o modificada en aplicación de lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil sobre las medidas cautelares.<sup>29</sup>

En el caso de la legislación de Argentina, el Código Procesal Civil, en su artículo 753, señala que los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución; sino que deberán ser requeridas al juez, y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.

Sin embargo, en el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina de 2014, el artículo 1655 cambia la perspectiva antes señalada, «Excepto estipulación en contrario, el contrato de arbitraje atribuye a los árbitros la facultad de adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros pueden exigir caución suficiente al solicitante. La ejecución de las medidas cautelares y en su caso de las diligencias preliminares se debe hacer por el tribunal judicial. (El subrayado es nuestro).— Las medidas previas adoptadas por los árbitros según lo establecido en el presente artículo pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables».

En ese sentido, es evidente que la legislación argentina ha cambiado su posición sobre la emisión de medidas cautelares; empero, este cambio no es radical, pues el nuevo Código Civil no deroga los artículos

---

<sup>29</sup> Artículo 17.- Facultad del tribunal arbitral de adoptar medidas cautelares

1. Salvo acuerdo en contra de las partes, el tribunal arbitral puede, a instancia de una parte, ordenar a toda parte que tome las medidas cautelares que él estime necesarias en lo que concierne el objeto de la controversia. El tribunal arbitral puede, en este punto, exigir a las partes el pago de una provisión apropiada.
2. El tribunal recogido en el artículo 9 puede a petición de una parte, imponer la medida cautelar adoptada en aplicación del párrafo 1. a no ser que el tribunal haya procedido con el fin de imponer una medida cautelar equivalente.
3. La decisión del tribunal arbitral adoptada conforme al párrafo 2, podrá ser revocada o modificada en aplicación de lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil sobre las medidas cautelares. Traducción libre. (El subrayado es nuestro).

del Código Procesal, sino que aún continúa con la posición de que los tribunales estatales puedan controlar la emisión y contenido de las medidas otorgadas por un tribunal arbitral.

En el segundo grupo encontramos sistemas que optan por la misma solución, pero de forma distinta, dado que no lo señalan de forma expresa; sino que cabe deducirlo de su regulación. Por ejemplo, en la ley de arbitraje de la República Popular China del 31 de agosto de 1994, el artículo 28,<sup>30</sup> no excluye de forma explícita el poder de los árbitros sobre la emisión de las medidas cautelares; pero insta a los árbitros a acudir ante la autoridad judicial cuando se solicite (Glück; Lichtenstein 2012: 221).

#### *2.1.1.1. Motivos que sustentan la adopción de medidas cautelares por el órgano judicial en el proceso arbitral*

Existen varias razones doctrinales y prácticas por las que se respalda el poder de los jueces en materia de medidas cautelares (Gandía 2014: 138-140):

- La autosuficiencia del órgano arbitral para adoptar medidas cautelares es inviable, porque los árbitros carecen del *ius imperium*; es decir, del poder coercitivo, necesitando la colaboración de los jueces para la ejecución de las medidas cautelares.

---

<sup>30</sup> Artículo 28.- Una de las partes puede solicitar la preservación de los bienes si considera que puede llegar a ser imposible o difícil para el proceso ejecutar el laudo debido a un acto de la otra parte o por otras causas.

Si una parte solicita medidas cautelares de protección de la propiedad, el tribunal arbitral someterá dicha solicitud a un tribunal popular de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Si la aplicación de la medida cautelar de protección de la propiedad se ha hecho injustamente, el solicitante deberá compensar a la persona contra la que la solicitud ha sido hecha por cualquier pérdida de conservación de los bienes. Traducción libre. (El subrayado es nuestro).

- Los árbitros no tienen la facultad de aplicar medidas cautelares sobre terceros, debido a la naturaleza contractual del arbitraje (sin embargo, los jueces sí poseen esta facultad).
- Los árbitros no podrán emitir medidas cautelares antes de que se constituya el tribunal arbitral.
- Si el arbitraje es internacional, las medidas cautelares emitidas pueden demorar demasiado, dejándose a un lado el carácter de urgencia de la medida.
- Respecto a la ejecución de la medida cautelar, pueden existir complicaciones en la ejecución al amparo de la Convención de Nueva York de 1958, pues ella no hace referencia a los laudos provisionales, sino sólo a laudos finales.

Consideramos que la posición de regular una competencia exclusiva, por parte de los tribunales estatales en materia cautelar, es extrema y no está acorde con la tendencia internacional; aun cuando por temas de ejecución podría ser recomendable dirigirse a los tribunales estatales,<sup>31</sup> no se debe restringir esta competencia a los tribunales arbitrales.

Finalmente, al tener el arbitraje un carácter jurisdiccional,<sup>32</sup> en éste no debe interponerse ninguna autoridad administrativa o judicial, antes bien debe contener todas las herramientas necesarias para que las partes puedan hacer uso del derecho de defensa —incluyendo la tutela

<sup>31</sup> Sentencia n.º 6167-2005-HC/TC «[...] Pero, asimismo, la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual sólo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquéllos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho [...]». Considerando 2 - Voto del Magistrado Gonzales Ojeda.

<sup>32</sup> Sentencia n.º 6167-2006-PHC «[...] la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un tribunal arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales». Considerando n.º 11.

cautelar—, la cual forma parte del derecho al debido proceso. Más aún cuando de forma generalizada, se ha aceptado esta competencia por parte de los tribunales arbitrales.

### *2.1.2. La competencia exclusiva de la jurisdicción del tribunal arbitral*

Existen varias posiciones que apoyan la atribución al tribunal arbitral de la competencia para dictar medidas cautelares; incluso se puede afirmar que la doctrina mayoritaria acepta esta posición, reconociéndose la teoría de los poderes inherentes del tribunal arbitral.<sup>33</sup> (Martins 2013:111).

En principio, por considerarse al arbitraje como una vía autosuficiente de solución de controversias, no se requerirá la colaboración de ningún órgano estatal, para resolver las incidencias que se puedan plantear en el proceso —incluyéndose la emisión de medidas cautelares—; no obstante, es necesario identificar las limitaciones que tiene la jurisdicción arbitral (Lapiedra 2008: 44).

La efectividad de la medida cautelar en vía arbitral, requiere generalmente un cierto grado de colaboración por parte de los tribunales estatales; en ese sentido, se puede afirmar que este grupo de sistemas jurídicos no sólo atribuyen la competencia a los árbitros para emitir medidas cautelares (2008: 45), sino que además, proporcionan herramientas para hacer efectiva la ejecución de las medidas dictadas en sede arbitral.

Esta colaboración otorgada al arbitraje, la podemos encontrar en el texto de la norma o reglamento institucional: a) Autorizar al propio tribunal arbitral a ejecutar las medidas cautelares dictadas en el proceso; y b) Que a discreción del tribunal arbitral o de las partes, solicitar el

---

<sup>33</sup> La teoría de los poderes inherentes del tribunal arbitral, reconoce la competencia de los árbitros para resolver todas aquellas cuestiones que afecten al proceso, siendo la adopción de medidas cautelares una de las actuaciones procesales inherentes al arbitraje (2013:111).

apoyo de los tribunales estatales para la ejecución de las medidas cautelares.<sup>34</sup>

De igual forma, los lineamientos del arbitraje de emergencia, estarán sujetos a las disposiciones obligatorias de la ley nacional de arbitraje o al reglamento institucional; puesto que, si tales normas autorizan al tribunal arbitral a ejecutar sus medidas cautelares, asimismo, autorizarán al árbitro de emergencia a ejecutar sus medidas cautelares.

En este caso, al analizar las disposiciones de los reglamentos de arbitraje de las instituciones con mayor relevancia nacional —Cámara de Comercio de Lima—CCL— (art. 50.6),<sup>35</sup> Cámara de Comercio Americana del Perú —Amcham— (art. 37.5)<sup>36</sup> y del Centro de Análisis y Resolución

<sup>34</sup> Ley Modelo de la Cnudmi - Capítulo IV. Sección I. art. 17. H.

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17. I.

[...].

Ley de Arbitraje Decreto Legislativo n.º 1071 art. 48.

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

[...].

<sup>35</sup> Reglamento de Arbitraje de la CCL art. 50.

6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

[...].

<sup>36</sup> Reglamento de Arbitraje de Amcham art. 37.

5. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar las medidas cautelares, salvo que considere necesario o conveniente requerir intervención judicial.

[...].

de Conflictos de la PUCP (art. 82)—,<sup>37</sup> de introducirse el árbitro de emergencia, al igual que el tribunal arbitral, aquél estará facultado a ejecutar sus medidas cautelares y de ocurrir que las partes no cumplan voluntariamente sus disposiciones, podrá solicitar la asistencia de los tribunales estatales.

Por otra parte, una orientación más rígida sobre la exclusividad de los árbitros en materia de medidas cautelares, la podemos encontrar en el artículo II.3<sup>38</sup> de la Convención de Nueva York de 1958, que excluye la competencia judicial cuando existe un acuerdo de arbitraje, debiéndose entender que esta exclusión también alcanza a las medidas cautelares.

Por ello, en ocasiones los jueces se declaran incompetentes ante las solicitudes de medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral, alegando que existe una cláusula arbitral válida, debiendo solicitarse en sede arbitral.

Esta misma orientación la podemos encontrar en los artículos 1448 y 1449 del Código de Procedimientos Civiles de Francia,<sup>39</sup> donde los

<sup>37</sup> Reglamento de Arbitraje de la PUCP art. 82.

A pedido de parte, los árbitros podrán ejecutar las medidas cautelares que hubiesen dictado, pudiendo solicitar la asistencia de la fuerza pública, de considerarlo conveniente a su sola discreción.

[...].

<sup>38</sup> Artículo II.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable [...].

<sup>39</sup> Código de Procedimientos Civiles de Francia.

**1448** Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.

jueces se declaran incompetentes cuando identifican la existencia de un convenio arbitral; pero de igual forma podemos evidenciar que si el tribunal arbitral no se ha constituido, los jueces pueden dictar medidas cautelares en apoyo del arbitraje.

Finalmente, reconocer que la jurisdicción arbitral puede dictar medidas cautelares. Ello es admitido de forma unánime en los diferentes sistemas jurídicos e instituciones de arbitraje —no existiendo incompatibilidad entre la cláusula de arbitraje y la solicitud de medida cautelar estatal—.

#### *2.1.2.1. Motivos que sustentan la adopción de medidas cautelares por el tribunal arbitral*

Al igual que los distintos motivos que respaldan la competencia de los órganos judiciales, también existen razones que fundamentan su adopción por el tribunal arbitral (Gandía 2014: 140-144):

- Si bien es cierto que los árbitros no tienen poder coercitivo, estos sí tienen poderes persuasivos, que inducen a un cumplimiento voluntario de las medidas cautelares por las partes.
- El hecho de que las partes elijan el arbitraje para resolver su controversia, revela la intención de no acudir al foro judicial, entendiéndose que no sólo se refiere al laudo, sino también a las medidas cautelares.
- En el caso de un arbitraje internacional, ninguna de las partes podrá exigir el cumplimiento de una competencia judicial exclusiva, sino que se estará en un marco neutral, precisando que

---

**1449** L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse (invoque, recurre o accione) une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire. [...]. (Lo puesto entre paréntesis es nuestro).

para la ejecución se debe coordinar con el sistema estatal del país en donde se ejecutará.

- Existirá mayor dilación si se recurre a la jurisdicción estatal, ya que el tribunal arbitral tiene un contacto mucho más estrecho con los hechos del caso.
- El hecho de que los árbitros no residan en un mismo lugar, no supone un obstáculo, dado que éstos pueden mantenerse en contacto mediante instrumentos electrónicos (teléfono, correo, videoconferencia, etc.).

### *2.1.3. División de poderes entre jueces y árbitros*

Se admite una tercera posibilidad sobre la competencia para la emisión de las medidas cautelares, atribuyéndose a árbitros y jueces; pero no de forma concurrente, sino que cada uno desempeña un papel específico en este ámbito, generándose una especie de competencia compartida.

Esta competencia compartida puede desarrollarse en dos posibles criterios:

- Que la competencia de cada órgano se atribuya en función del tipo de medida que se pretenda adoptar.
- La distribución de la competencia se realice dependiendo del momento procesal en que se solicite.

#### *2.1.3.1. Competencia atribuida en función del tipo de medida cautelar que se pretenda adoptar*

La delimitación de la competencia de un órgano u otro, puede realizarse en atención al tipo de medida cautelar solicitada; empero, esto puede generar un dilema, puesto que dependerá del criterio de cada parte, para dirigir la adopción de la medida cautelar al órgano que considere competente.

Particularmente, es necesario hacer una distinción entre medidas coercitivas y no coercitivas. Las primeras requerirán el poder ejecutivo del Estado para ser efectivas en caso de incumplimiento —por ejemplo, el embargo de bienes—; y, por otro lado, aquéllas que no conlleven una ejecución —por ejemplo, la obtención de una garantía bancaria—. En suma, es recomendable que las medidas coercitivas sean dirigidas y adoptadas por los jueces; mientras que las segundas, a criterio de las partes, serán dirigidas y adoptadas por un juez o por un árbitro (Lapiedra 2008: 51).

Una posición controversial sería el que un árbitro garantice la ejecución de una medida cautelar coercitiva, teniendo como base el artículo 48.1 de nuestra ley:

El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

No obstante, consideramos equivocada esta posición, toda vez que un tribunal arbitral o árbitro de emergencia, no puede garantizar la ejecución de una medida coercitiva; para ello se requiere el *ius imperium*, y al ser ésta una potestad que sólo ostenta el Estado —manifestándola a través de los tribunales estatales—, los árbitros no pueden garantizar la ejecución; a pesar de que la propia norma o reglamento institucional, lo autoriza.<sup>40</sup>

Al respecto, es menester señalar que existen sistemas jurídicos que atribuyen una competencia a los árbitros con carácter general, sin efectuar ninguna especificación respecto al tipo de medida que se va a adoptar.

---

<sup>40</sup> Creemos, que una vez constituido el tribunal arbitral, éste podrá adoptar cualquier tipo de medidas cautelares. Y, de ser el caso, que las medidas requieran una ejecución forzada, solicitar el apoyo de la autoridad judicial o, autorizar a la parte solicitante, iniciar un proceso de ejecución ante los tribunales estatales.

Así tenemos, por ejemplo, que el parágrafo § 1041 del Código Procesal Civil alemán señala, «1. Si las partes no hubieran acordado algo distinto, el tribunal arbitral podrá ordenar a instancia de parte medidas provisionales o de aseguramiento, que resulten convenientes respecto al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes la correspondiente caución en conexión con la medida [...]».

Aparentemente, se podría señalar que se atribuye a los árbitros, el poder de ordenar cualquier tipo de medida cautelar, sin hacer mención a los problemas en su ejecución.

Sin embargo, en el sistema alemán, los árbitros no ejecutan directamente las medidas cautelares, sino que lo hacen mediante una solicitud a los tribunales estatales, tal como se aprecia en el parágrafo § 1062.3 del Código Procesal Civil alemán: «El tribunal superior del Estado que se indique en el convenio arbitral o si, a falta de una indicación al respecto, en su jurisdicción se encontrará el lugar del arbitraje, es competente para las solicitudes referidas [...], 3. La ejecución, revocación o modificación de las medidas provisionales o de aseguramiento del tribunal arbitral».

En esta misma línea se encuentra el sistema inglés de arbitraje de 1996, que bajo el principio de autonomía de las partes, reconoce la posibilidad de acudir indistintamente a jueces o árbitros. A pesar de ello, debemos insistir que los árbitros sólo tendrán el poder de dictar medidas cautelares, si las partes lo han conferido, tal como lo señala el artículo 39.4 de la *Arbitration Act* inglesa de 1996: «[...], 4. A menos que las partes hayan acordado conferirles tal poder, el tribunal carece del mismo [...]» (Pendell; Bridge 2012: 319).

Por ello, si las partes optan por atribuir a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares, estas medidas no podrán llevar implícitas una ejecución.

En contrapartida a la restricción de la ejecución de medidas cautelares por los árbitros, encontramos el artículo 48.5 de la *Arbitration Act* inglesa, que señala «[...], 5. El tribunal arbitral tendrá los mismos poderes que los jueces para: A) Ordenar a una parte hacer algo o privarle de hacerlo».

No podemos ignorar que existe una aparente contradicción entre los dispositivos antes señalados; mas el comité elaborador de la ley de arbitraje inglesa, al identificar esta paradoja, realizó un pronunciamiento en el cual aclaró el sentido de la norma, concluyendo que resultaría inadecuado atribuir una facultad para ejecutar las medidas a los árbitros, dado que éstos carecen del *ius imperium* (Oyre 1999: 114-115).

En ese aspecto, si una institución arbitral nacional optara por introducir el arbitraje de emergencia, y aun si el texto del reglamento autorizara la ejecución de la medida por el propio árbitro, debemos indicar que esto no podrá aplicarse en todos los casos.

Entonces, ¿cuál sería el incentivo para que la parte opte por el arbitraje de emergencia? Para esto debemos mencionar que un gran sector de la doctrina se inclina por considerar que la parte, al iniciar el arbitraje de emergencia, podrá contar con una medida cautelar en un plazo no menor de diez a quince días y, una vez dictada, solicitar a los tribunales nacionales su ejecución.

Aunque esta afirmación es muy atrayente, podemos encontrar situaciones que compliquen el proceso de emergencia. Por ejemplo, recusación al árbitro de emergencia, prórroga de la audiencia de ilustración, renuncia del árbitro, etc., generándose una dilación del tiempo —elemento primordial con el que cuenta el arbitraje de emergencia—, disminuyendo los incentivos para su aplicación, puesto que, contar con una medida cautelar sin poder ejecutarla, no es de mucha ayuda, como se afirma.

Particularmente, consideramos que dependerá del criterio de la parte para dirigir la solicitud de medida cautelar al árbitro de emergencia o a un juez, debido a que, como se ha indicado, los árbitros no cuentan con el *ius imperium*, por lo que la ejecución de la medida cautelar de emergencia deberá ser encaminada por la vía judicial.

Por otro lado, una postura distinta respecto a la ejecución de las medidas cautelares, es aquélla que señala que sólo es un número de casos reducidos, aquél en el cual el árbitro de emergencia no podrá ordenar la ejecución; empero, en los demás casos sí podrá hacerlo. Considerando que, en la práctica el árbitro de emergencia contará con la colaboración de las partes y, de ser el caso, de una negativa voluntaria en la ejecución de las medidas, ésta será considerada por el tribunal al momento de dictar el laudo.

Finalmente, consideramos que la segunda postura es la más viable para el caso, toda vez que la afirmación tradicional, en el sentido de «que los árbitros no pueden ejecutar las medidas cautelares», no es tan exacta. Ello, porque actualmente las entidades privadas y públicas acatan las disposiciones dictadas en sede arbitral, tal igual como si fueran realizadas por los tribunales estatales, rompiéndose el viejo concepto de la no ejecución de medidas cautelares.

### *2.1.3.2. Competencia atribuida en función del momento procesal de la solicitud*

La segunda posibilidad para distribuir la competencia entre árbitros y jueces, consiste en atender el momento procesal en que se solicita la medida cautelar; por ello, debemos estructurar el proceso arbitral en diferentes fases, con la finalidad de determinar en cada una de ellas, qué órgano será el legitimado para adoptar las medidas cautelares (Lapiedra 2008: 57).

El proceso arbitral, puede distinguirse en tres fases:

- La primera, desde que se presenta la solicitud de arbitraje, hasta el momento en que se constituye el tribunal arbitral.
- La segunda, desde la constitución del tribunal arbitral, hasta la emisión del laudo.
- La tercera, desde la emisión del laudo arbitral, hasta su ejecución.

A continuación, procederemos a analizar cada una de estas tres etapas.

#### *2.1.3.2.1. Primera Fase (desde que se presenta la solicitud de arbitraje hasta el momento en que se constituye el tribunal arbitral)*

En principio, debemos partir indicando que la primera fase es la más controvertida sobre la emisión de medidas cautelares; toda vez que comúnmente se ha afirmado que desde la presentación de la solicitud de arbitraje hasta la constitución del tribunal arbitral, la competencia para dictar medidas cautelares recae únicamente sobre los jueces; pero esto no es tan exacto.

Antes de la constitución del tribunal arbitral, existen tres posibles tomadores de esta decisión:

- Los tribunales ordinarios nacionales.
- Proceso prearbitral.
- Árbitro de emergencia.

##### *2.1.3.2.1.1. Los tribunales nacionales*

- *Antes de iniciar el arbitraje*

Antes del inicio del arbitraje, la parte que necesita una medida cautelar podrá solicitarla al órgano jurisdiccional, indicando que todavía no se encuentra constituido el tribunal arbitral; sin que ello signifique una renuncia al arbitraje.

Asimismo, puede darse el caso —como ya hemos venido diciendo—, en que la propia ley de arbitraje prohíba al tribunal arbitral dictar medidas cautelares (por ejemplo Italia, Grecia, China), o simplemente optar por solicitar directamente a los tribunales estatales, porque considera que su contraparte no cumplirá con la ejecución voluntariamente (Grierson 2012: 157).

En los reglamentos de 1988<sup>41</sup> y 1998<sup>42</sup> de la CCI, las solicitudes de medidas cautelares prearbitrales fueron casi siempre realizadas ante los tribunales nacionales; esto, debido a que en aquellos reglamentos no se encontraban reguladas las disposiciones sobre el árbitro de emergencia.

Sin embargo, con la introducción del reglamento de la CCI del año 2012, esto cambió. Al introducirse la figura del árbitro de emergencia, la parte no necesita acudir a los tribunales estatales; precisando que todavía existen razones por las que se puede optar por los tribunales estatales (Grierson 2012: 63).

Sobre este tema, Ledesma (2014:135) considera que una de las justificaciones para recurrir a los tribunales estatales, está referida a que las medidas cautelares generan derechos y obligaciones entre las partes —cuya naturaleza es distinta a la que resuelve la controversia—; por ello, el poder del tribunal arbitral para ordenar las medidas, es distinto al poder de decidir sobre la controversia del proceso. De acuerdo a esto, recurrir a los tribunales estatales no puede considerarse una violación del convenio arbitral.

Particularmente, lo sostenido por la autora, nos ayuda a entender los motivos por los que se dirigen las medidas cautelares a los tribunales

---

<sup>41</sup> Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional —ICC— de 1988, art. 8.5.

<sup>42</sup> Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional —ICC— de 1998, art. 23.

estatales; empero, el texto de nuestra ley<sup>43</sup> —así como la Ley Modelo<sup>44</sup> y el reglamento de la CCI del 2012—<sup>45</sup> ha optado por considerar que las medidas dictadas por los tribunales estatales, no son incompatibles con el arbitraje, ni significan una renuncia a él. De manera que ahondar sobre el estudio de la naturaleza del poder del árbitro para dictar las medidas cautelares, no sería tan provechoso.

Una justificación más tangible para recurrir a los tribunales estatales es el tiempo, visto que la conformación del tribunal arbitral es incierta, pudiendo tardar semanas, incluso meses, perjudicando a las partes del arbitraje; de igual forma, la conformación del tribunal puede verse afectada por una recusación a uno de los árbitros, retrasando aún más la constitución —elemento clave para diferenciar la competencia del tribunal arbitral—.

En suma, no hay sistema que garantice la constitución inmediata del tribunal arbitral; por eso creemos de vital importancia la incorporación del árbitro de emergencia en nuestro proceso arbitral, en la medida de que se ha vuelto una necesidad potencial dentro del arbitraje, motivando a las cortes de arbitraje e instituciones más relevantes, a modificar o introducirlo en sus reglamentos.

- *Ley aplicable*

Lo que no está tan claro son los requisitos o circunstancias que el juez debe analizar para decidir si son procedentes las medidas cautelares antes del arbitraje.

Existen dos opciones: (a) acudir al Código Procesal Civil, a los artículos que regulan las medidas cautelares y utilizar supletoriamente la ley de arbitraje; o (b) no acudir al Código Procesal Civil, e interpre-

---

<sup>43</sup> Ley de Arbitraje Decreto Legislativo n.º 1071, art. 47, inc. 4.

<sup>44</sup> Ley Modelo de la Cnudmi, art. 26.

<sup>45</sup> Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional —ICC—, art. 28.

tar las facultades del juez del artículo 608 como independiente (González 2011: 684).

La razón que motiva la primera opción está en los redactores de la Ley Modelo; quienes ventilaron la posibilidad de incluir en la ley, los requisitos que deben exigir los tribunales estatales al dictar una medida cautelar. Pero, al tratarse de un tema que relaciona a ambas jurisdicciones, tomaron la decisión de no abordar dichos requisitos, dejando que la materia fuera regulada por el derecho procesal interno (2011: 685).

A pesar de esto, al analizar nuestra ley, nos encontramos frente a un silencio sobre los requisitos que deben ser analizados para dictar las medidas cautelares antes del arbitraje.

La segunda opción está relacionada con la independencia de las facultades del juez; pese a ello, esto podría producir un efecto positivo y otro negativo: i) efecto positivo —al interpretarse de una forma amplia las facultades del juez, en contraposición de las que tiene en el derecho procesal interno—; y, por otro lado, ii) un efecto negativo —los cuestionamientos que pueden generarse al dictarse las medidas cautelares— (2011: 688).

Creemos que respecto a la ley aplicable, nuestra antigua ley de arbitraje nos puede ayudar a aclarar el tema, debido a que en su texto señalaba que antes del inicio del arbitraje, el juez podrá dictar una medida cautelar utilizando las normas del Código Procesal Civil, con la salvedad de que una vez ejecutada, el beneficiario inicie el proceso arbitral.<sup>46</sup>

<sup>46</sup> Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572 (derogada).

Artículo 79.- Medida cautelar en sede judicial.- Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. A estos efectos, serán de aplicación las disposiciones sobre proceso cautelar contenidas en el Código Procesal Civil, con la salvedad de que ejecutada la medida antes de iniciado el proceso arbitral, el beneficiario deberá requerir a la otra parte el nombramiento del o los árbitros o gestionar la iniciación del arbitraje de conformidad con el reglamento de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje, dentro de los diez

Entonces, podemos considerar que al encontrarnos frente a un silencio sobre los requisitos que deben ser analizados, el juez debe tener un panorama claro para dictar las medidas cautelares en apoyo del arbitraje, debiendo aplicar su *lex fori*,<sup>47</sup> que no es otra cosa que la legislación nacional sobre medidas cautelares (Sección Quinta, Título IV del CPC).

Debiendo acreditarse la verosimilitud de su derecho, peligro en la demora y la instrumentalidad de la medida solicitada; y el juez, al contar con una normativa específica (CPC), deberá aplicarla; y una vez constituido el tribunal arbitral, de considerarlo pertinente, éste podrá modificar, sustituir o dejarla sin efecto.

- *Ejecución*

El tema de la ejecución de las medidas cautelares dictadas por los tribunales estatales, no presenta inconveniente alguno; teniendo en cuenta que será el propio tribunal el que, en ejercicio del poder de *imperium*, llevará a cabo inmediatamente la ejecución de la medida.

- *Competencia exclusiva por prohibición de las medidas cautelares en sede arbitral*

Un tema que poco se ha tratado, pero que es latente en el ámbito arbitral, es la posibilidad de prohibir la emisión de medidas cautelares a los árbitros. Siendo así los tribunales estatales los únicos competentes para dictar las medidas.

---

(10) días posteriores a dicho acto. Si el beneficiario no cumple con lo indicado en el párrafo anterior o cumplida la exigencia, el proceso arbitral no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

<sup>47</sup> Ley nacional del tribunal interviniente; cuando un tribunal estatuye *lex fori* si aplica a un litigio para resolver un conflicto de leyes o un conflicto de jurisdicciones, la ley del Estado a cuya soberanía está sometida.

El reglamento de la CCI,<sup>48</sup> la Ley Modelo,<sup>49</sup> la LCIA<sup>50</sup> y el Reglamento de la OMPI,<sup>51</sup> establecen que la potestad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares se encuentra condicionada a la voluntad de las partes.

A diferencia de nuestra legislación, la Ley de Arbitraje de España en el artículo 23, también establece la posibilidad de que las partes puedan restringir la tutela cautelar a los árbitros. Empero, esto tal vez genere un problema, dado que al someterse a la jurisdicción arbitral y restringir la emisión de medidas cautelares, podría asumirse que se está renunciando a solicitar las medidas en el proceso (Amprimo 2013: 74; Bordachar 2015:80).

Sobre esto, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que «[...], la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con un mecanismo que asegure una tutela cautelar» (Sentencia n.º 0023-2005-PI/TC. Considerando n.º 57).

Por tanto, la tutela cautelar, al formar parte del derecho al debido proceso,<sup>52</sup> debe estar presente en todo proceso jurisdiccional, de modo que al restringirse las medidas cautelares en sede arbitral, no impide que las partes las soliciten a los tribunales estatales.

---

<sup>48</sup> Reglamento de arbitraje de la CCI, art. 28.

<sup>49</sup> Ley Modelo de la Cnudmi, Capítulo IV, Sección I, art. 17.

<sup>50</sup> Reglamento de arbitraje de LCIA, art. 25.

<sup>51</sup> Reglamento de arbitraje de OMPI (WIPO), art. 46.

<sup>52</sup> Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta (sentencia n.º 0023-2005-PI/TC, considerando n.º 49).

Por su parte, el Tribunal Constitucional español también se ha pronunciado sobre este punto: «[...] la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC n.º 14/1992, fundamento jurídico 7). Es más, en esta misma sentencia se añade que el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria, pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que [...] se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva» (Sentencia n.º 218/1994 de 18 de julio de 1994, fundamento jurídico 3).

Creemos en la posición positiva sobre la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, puesto que nuestro legislador lo ha reconocido en el propio texto del artículo 47. Por ello, consideramos que antes de la constitución del tribunal arbitral, las partes podrán dirigirse a los tribunales estatales.

Asimismo, nuestra posición de por qué nuestra ley no ha recogido la posibilidad de pactar una restricción cautelar a los árbitros, está referida a una orientación positiva del arbitraje, reconociéndole todas las facultades de una jurisdicción; caso contrario, podríamos tener un efecto negativo, no sólo en la competencia de los árbitros; sino que además, podría afectar el derecho de defensa de las partes.

Finalmente, consideramos que la restricción de las medidas cautelares al tribunal arbitral estaría de más; toda vez que la propia norma señala que no existe incompatibilidad si una parte acude a un tribunal estatal. En ese sentido, dependerá del análisis que realice la parte y la utilidad que desee lograr, para solicitarlo o no a los tribunales judiciales.

### 2.1.3.2.1.2. *Proceso prearbitral*

- *Antecedentes*

La norma que regula el proceso prearbitral, va de la mano con la modificación de los artículos del Código de Procedimientos Civiles de Francia del 12 de mayo de 1981; que tras reconocer que los tribunales arbitrales pueden dictar medidas cautelares, esto no implicaba una renuncia de las partes a solicitar una medida de *référé* (Werdnik 2014:263; González 2011: 660).

Tomando en cuenta que al momento de la modificación del Código, el legislador francés se percató de que al reconocer que el tribunal arbitral puede dictar medidas cautelares, existe un período de tiempo en donde no se cuenta con un órgano competente para adoptarlo.

Por ello, el procedimiento en *référé*, concede a las partes el beneficio de un procedimiento de emergencia previo al proceso ordinario, y cuya característica es la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares o ejecutar derechos en forma inmediata, siempre y cuando no sean seriamente controvertidos; para esto se debe cumplir con dos requisitos: (a) que el tribunal no se haya constituido, y (b) que exista urgencia.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Código de Procedimientos Civiles de Francia.

**809** *Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.*

*Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.*

**873** *Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.*

*Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.*

El propósito de contar con un procedimiento tan veloz, según Normand (citado por González 2011: 660), es brindar a las partes la posibilidad de solicitar medidas cautelares para la protección de sus derechos y mitigar los efectos de la demora del proceso.

En ese sentido, las partes que optaron por la jurisdicción arbitral, no se verán perjudicadas durante el período de tiempo, en que no se cuenta con el tribunal, dado que el legislador incluyó el procedimiento en *référé* al arbitraje.

De esa manera, al comprobar las ventajas del procedimiento en *référé*, la Cámara de Comercio Internacional introdujo en su reglamento de 1990, un procedimiento similar. No obstante, una de las razones por las que el procedimiento prearbitral no logró tener la acogida que se esperaba —aun contando con un proceso independiente— era la necesidad de que las partes pacten expresamente en el sometimiento, además de las reglas arbitrales de la CCI, las reglas del procedimiento prearbitral.

- *Procedimiento prearbitral en el reglamento de la CCI*

En 1990, la CCI dictó el Reglamento del Procedimiento Prearbitral —el cual consta de sólo siete artículos—. Dicho reglamento estipula el procedimiento por el cual se puede adoptar medidas cautelares inmediatas, al surgir controversias en una relación contractual sometida a arbitraje (2011: 661).

Este procedimiento, está diseñado para que un tercero pueda dictar medidas cautelares en un lapso rápido; asimismo, una de las justificaciones de este procedimiento, es que no usurpa la jurisdicción de los

---

**873-1** A la demande de l'une des parties, et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. Il veille à ce que le défendeur dispose d'un temps suffisant pour préparer sa défense. L'ordonnance emporte saisine du tribunal.

tribunales estatales e incluso del propio tribunal arbitral, el cual es competente para resolver la controversia.<sup>54</sup>

- *Proceso*

El procedimiento prearbitral contempla la posibilidad de acudir al *referee*, para solicitar la adopción de una medida cautelar; para ello, se debe presentar una solicitud,<sup>55</sup> la cual se pondrá en conocimiento de su contraparte por el plazo de ocho días<sup>56</sup> (mediante el uso del método de comunicación más rápido);<sup>57</sup> y si no hay acuerdo<sup>58</sup> respecto a qué persona actuará como *referee*, el presidente<sup>59</sup> de la Corte del CCI lo designará.

El plazo para que el *referee*, dicte la medida cautelar es de treinta días, a partir de la fecha en que recibe el proceso prearbitral;<sup>60</sup> asimismo, está impedido de realizar algún prejuzgamiento sobre la controversia de fondo.<sup>61</sup>

- *Poderes del referee*

El artículo 2 del reglamento establece los poderes del *referee*, los cuales pueden ser modificados por acuerdo expreso de las partes. Entre los más significativos tenemos:

<sup>54</sup> *Rules for a Prearbitral Referee Procedure* —ICC— 1990.

Artículo 1.- Definiciones

Estas reglas se refieren a un procedimiento denominado «procedimiento prearbitral», que prevé la designación inmediata de una persona (el «Referee») que tiene el poder de dictar medidas precautorias antes de que el tribunal arbitral o el juez nacional competente para tratar el caso (la «autoridad competente») esté instalado. [...].

<sup>55</sup> Article 3.1, *Rules for a Prearbitral Referee Procedure* —ICC— 1990.

<sup>56</sup> Article 3.4, *Rules for a Prearbitral Referee Procedure* —ICC— 1990.

<sup>57</sup> Article 3.4, *Rules for a Prearbitral Referee Procedure* —ICC— 1990.

<sup>58</sup> Article 4.1, *Rules for a Prearbitral Referee Procedure* —ICC— 1990.

<sup>59</sup> Article 4.2, *Rules for a Prearbitral Referee Procedure* —ICC— 1990.

<sup>60</sup> Article 6.2, *Rules for a Prearbitral Referee Procedure* —ICC— 1990.

<sup>61</sup> Article 6.3, *Rules for a Prearbitral Referee Procedure* —ICC— 1990.

- a. Ordenar medidas cautelares u otras medidas de restauración que sean urgentes y necesarias para prevenir, ya sea un daño o pérdida irreparable y para salvaguardar derechos de las partes.
  - b. Ordenar a una parte realizar a otra un pago.
  - c. Ordenar a una parte el tomar todas las medidas que deban adoptarse de acuerdo con el contrato, incluida la firma o entrega de cualquier documento.
  - d. Ordenar cualquier medida que busque preservar u obtener pruebas.
- *Ejecución*

Las partes están obligadas a ejecutar la medida cautelar dictada por el *referee*; asimismo, renuncian a cualquier recurso contra dicha medida cautelar<sup>62</sup> (2011:661).

De igual forma, salvo pacto en contrario de las partes, la persona que actúe como *referee*, no puede desempeñarse como árbitro del tribunal arbitral que verá la controversia.<sup>63</sup>

- *Panorama actual del procedimiento prearbitral*

Una de las razones por las que el procedimiento prearbitral no logró tener la acogida que se esperaba —aun contando con un proceso independiente— era la necesidad de que las partes pacten expresamente el sometimiento, además de a las reglas arbitrales de la CCI, a las reglas del procedimiento prearbitral.

---

<sup>62</sup> Article 6.6, Rules for a Prearbitral Referee Procedure —ICC— 1990.

<sup>63</sup> Article 2.3, Rules for a Prearbitral Referee Procedure —ICC— 1990.

Por ello, actualmente la CCI, al regular el procedimiento del Árbitro de Emergencia, optó por corregir este problema, pasando de un sistema *opt-in* a un sistema de exclusión (Grierson 2012: 71).

Basta que las partes se sometan a las reglas arbitrales del CCI, para que sean de aplicación las reglas del árbitro de emergencia; y, de ser el caso, que las partes no deseen la aplicación, deberán manifestarlo expresamente en el convenio arbitral.

Un reporte estadístico de la CCI sobre el procedimiento prearbitral, estableció que desde 1990 sólo se utilizó, aproximadamente, diez veces; y que el primer proceso prearbitral se inició en el año 2001.<sup>64</sup>

Finalmente, es necesario señalar que la introducción del árbitro de emergencia en el reglamento de la CCI, no condujo a la abolición del procedimiento prearbitral —decisión muy difícil de tomar—; puesto que la Cámara desconocía el número de contratos que introdujeron el procedimiento prearbitral, coexistiendo conjuntamente ambas regulaciones hasta la fecha (2012: 71).

#### 2.1.3.2.1.3. *Árbitro de emergencia*

Actualmente, la institución del árbitro de emergencia se ha vuelto en una necesidad potencial dentro del arbitraje. Dado que las cortes de arbitraje e instituciones más relevantes han modificado o introducido en sus reglamentos esta figura arbitral (Miró 2012:38).

Como ya se dijo en el capítulo anterior, el árbitro de emergencia es aquél que actúa para resolver una petición de medida cautelar *urgente*, siempre y cuando se solicite antes del inicio del proceso arbitral o iniciado éste y aún no se haya constituido el tribunal. Asimismo, debemos establecer que la controversia sujeta a arbitraje, debe estar sometida a una

<sup>64</sup> <http://globalarbitrationreview.com/news/article/28980/van-houtte-acts-emergency-referee/>. (Revisado el 15 de junio de 2016).

ley o reglamento institucional que regule el procedimiento (Betancour; Ojeda 2014: 30).

Finalmente, creemos que salvo que exista otro órgano legitimado previo a la constitución, una vez que el tribunal arbitral se haya constituido, corresponderá exclusivamente a los árbitros la adopción de medidas cautelares; y una vez finalizado el arbitraje, la competencia se atribuye a los jueces.

#### *2.1.3.2.2. Segunda Fase (desde la constitución del tribunal arbitral hasta la emisión del laudo)*

En principio, una vez constituido el tribunal arbitral, éste será el único órgano competente para dictar las medidas cautelares en el arbitraje y, salvo circunstancias debidamente justificadas, las partes podrán recurrir a los tribunales estatales, solicitando la ejecución de las medidas adoptadas por los árbitros (Grierson 2012: 158).

Particularmente, la constitución es el elemento que diferencia al órgano competente respecto a la adopción de medidas cautelares; de acuerdo con esto, el árbitro de emergencia deberá dictar la medida cautelar hasta antes de la constitución del tribunal. Debido a que, de ser el caso no se logre dictar las medidas a tiempo, su competencia finalizará con la constitución del tribunal,<sup>65</sup> siendo este último el legitimado para revisar la adopción de las medidas cautelares, desplazando al árbitro de emergencia. Evitando así, que el procedimiento de emergencia logre su objetivo (contar con una medida cautelar en el menor plazo posible).

Ciertamente, existe un reconocimiento uniforme de la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares en el arbitraje, pero esto no siempre fue así; pues en los inicios la competencia fue tradicionalmente controvertida.

---

<sup>65</sup> Reglamento de arbitraje de la CCI, artículo 6.8, Apéndice v. Reglamento de arbitraje de la ICDR, artículo 37.6.

Convenimos que, en primer lugar, los árbitros deberán analizar si tienen la facultad de adoptar medidas cautelares, este análisis consistirá en la revisión del convenio arbitral, el reglamento de la institución arbitral y la ley de arbitraje del Estado (González 2011: 628-629).

- *Convenio arbitral*

Creemos que a pesar de que la ley o reglamento institucional de arbitraje, reconozcan la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, los árbitros deberán analizar, en primer lugar, que el convenio arbitral no contemple ninguna prohibición o restricción a su competencia.

Aún más, si existe la posibilidad de que las partes puedan prohibir la adopción de medidas cautelares a los árbitros; teniendo presente, que en esa línea se encuentran los reglamentos de la CCI, la Ley Modelo, la LCIA y el reglamento de arbitraje de la OMPI, estableciendo que la potestad del tribunal arbitral para dictar las medidas cautelares, se encuentra condicionada a la voluntad de las partes.

Consideramos que en la práctica es muy difícil encontrar un acuerdo, en donde se restrinja la adopción de medidas cautelares a los árbitros; empero, frente a esta posibilidad, se recomienda que el tribunal analice el convenio suscrito por las partes; dado que, en principio, este acuerdo establecerá el ámbito de desarrollo y la forma en que se pactó que el tribunal guíe el proceso.

- *Reglamento institucional de arbitraje*

El segundo escenario se da cuando el convenio arbitral no señala de forma expresa si autoriza o restringe la competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares —una situación común en el arbitraje—; en ese sentido, dada la naturaleza contractual del arbitraje, el reglamento de la institución que las partes han decidido adoptar, formará parte del convenio arbitral y las obligará en los términos prescritos (2011: 629).

En consecuencia, los árbitros deberán analizar si el reglamento que las partes han optado, les otorga una competencia amplia o limitada; e incluso, podría ocurrir que los reglamentos institucionales, enumeren las situaciones en donde sólo se podrá dictar medidas cautelares.

Los reglamentos más utilizados son:

### *Reglamentos internacionales*

- a. *Reglamento de arbitraje de la CCI*. El reglamento de arbitraje de la CCI, en su artículo 28 reconoce la adopción de medidas cautelares por parte del tribunal arbitral, señalando que podrá dictar cualquiera de las medidas cautelares a instancia de parte, salvo acuerdo en contrario de las partes.<sup>66</sup>
- b. *Reglamento de arbitraje de la LCIA de 2014*. Por su parte, el reglamento de arbitraje de la *London Court of International Arbitration*, en el artículo 25 regula de una forma más detallada la facultad para dictar medidas cautelares (así como sus costos).

Asimismo, es menester indicar que el reglamento dispone que una vez formado el tribunal arbitral, las partes quedan limitadas para iniciar medidas precautorias en procesos judiciales paralelos, salvo casos excepcionales, debiendo poner en conocimiento de forma inmediata al tribunal arbitral.<sup>67</sup>

- c. *Reglamento de arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. El reglamento de arbitraje de la OMPI, en el artículo 46 regula las medidas cautelares, disponiendo que la adopción de la medida cautelar es un tema discrecional del tribunal arbitral; así

---

<sup>66</sup> Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional —ICC—, art. 28.1.

<sup>67</sup> Reglamento de arbitraje de LCIA, art. 25.3.

como ordenar la presentación de una garantía, siempre y cuando concurren las circunstancias que se exige.<sup>68</sup>

- d. *Reglamento de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión —Ciadi—*. El Reglamento de Arbitraje del Ciadi, identifica en el artículo 39, la posibilidad de que el tribunal arbitral dicte medidas provisionales; pero utiliza un término particular «recomendar»;<sup>69</sup> debido a que, en estos procesos una parte del arbitraje es un Estado (2011: 631).

Asimismo, es necesario indicar que el Reglamento de Arbitraje del Ciadi, estipula que las partes deberán acordar en el convenio, la posibilidad de acudir a los tribunales estatales para solicitar medidas cautelares; caso contrario, las partes sólo podrán solicitarlas ante el tribunal arbitral.<sup>70</sup>

- e. *Reglamento de arbitraje de la Cnudmi*. La Cnudmi, no es una institución arbitral, sino el principal órgano jurídico del sistema de la Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional (Gandía 2014: 148); su reglamento de arbitraje (adoptado por asamblea general en 1976) está reconocido como uno de los textos de mayor influencia en el mundo.

En virtud de ello, el reglamento de arbitraje de la Cnudmi, regula de forma idéntica los artículos de la Ley Modelo de la Cnudmi referidos a la tutela cautelar; no obstante, el reglamento en su artículo 26.1 hace una conexión entre las medidas precautorias y el objeto de la materia.

---

<sup>68</sup> Reglamento de arbitraje de OMPI (WIPO), art. 46.b.

<sup>69</sup> A diferencia de los otros reglamentos que utilizan el término «ordenar».

<sup>70</sup> Reglamento de arbitraje del Ciadi, art. 39.5.

Por su parte, la Ley Modelo en el artículo 17.1 no sólo regula la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, sino que incluye «salvo acuerdo en contrario de las partes».

La no regulación de la frase «salvo acuerdo en contrario de las partes», en el reglamento, no limita a las partes el poder establecerlo en el convenio arbitral si lo consideran conveniente, porque el arbitraje se llevará a cabo según la voluntad de éstas.

De igual forma, el reglamento (artículo 26), como la Ley Modelo (artículo 17), autorizan a las partes el poder acudir a los tribunales estatales para solicitar medidas cautelares —en circunstancias debidamente justificadas—; a pesar de esto, la Ley Modelo lo regula de una forma más extensa.

#### *Reglamentos nacionales*

- f. *Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.* El reglamento de arbitraje de la CCL reconoce en su artículo 50, la facultad que tiene el tribunal arbitral para dictar medidas cautelares una vez que se encuentre instalado; así como la facultad de poder exigir la constitución de garantía, si lo considera conveniente.

Asimismo, regula la posibilidad de las partes para acudir a los tribunales estatales y solicitar medidas cautelares (debiendo informar al tribunal arbitral a la brevedad posible).<sup>71</sup>

- g. *Reglamento de arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.* El Reglamento de arbitraje de la PUCP, en su artículo 77, identifica la facultad que tiene el tribunal arbitral para dictar medidas cautelares; del mismo modo, señala que una vez instalado el tribunal, éste será el órgano competente para que las partes soliciten la adopción de medidas cautelares, si lo consideran necesario.

---

<sup>71</sup> Reglamento de arbitraje de la CCL, art. 50.4.

A primera vista, el reglamento de arbitraje la CCL y el de la PUCP, coinciden en muchos artículos; sin embargo, el reglamento de arbitraje de la PUCP lo realiza de una forma más completa y extensa (caducidad,<sup>72</sup> tramitación,<sup>73</sup> variación,<sup>74</sup> responsabilidad<sup>75</sup> y ejecución).<sup>76</sup>

- h. Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú —Amcham—. El reglamento de arbitraje de Amcham se diferencia de los reglamentos anteriores, en la medida de que en el artículo 37, faculta al tribunal arbitral para dictar medidas cautelares desde su constitución.<sup>77</sup>*

Sobre esto, es menester indicar que no sólo se trata de una variación en el término utilizado; dado que, al reconocer que la adopción de medidas cautelares podrá ser realizada desde la constitución, el tribunal arbitral se encontrará facultado para dictarlas, incluso antes de la instalación del proceso.

Sobre esta distinción entre constitución e instalación, Castillo (2013:9-10) nos advierte, que en ocasiones la constitución del tribunal arbitral no coincidirá con su instalación;<sup>78</sup> asimismo, el hecho de que se complete la constitución del tribunal arbitral, no significa que esté firme —existiendo la posibilidad de una recusación—. <sup>79</sup>

<sup>72</sup> Reglamento de arbitraje de la PUCP, art. 76.

<sup>73</sup> Reglamento de arbitraje de la PUCP, art. 78.

<sup>74</sup> Reglamento de arbitraje de la PUCP, art. 79.

<sup>75</sup> Reglamento de arbitraje de la PUCP, art. 80.

<sup>76</sup> Reglamento de arbitraje de la PUCP, art. 82.

<sup>77</sup> A diferencia de los reglamentos de la CCL y de la PUCP, los cuales señalan que el tribunal arbitral puede dictar medidas cautelares desde la instalación.

<sup>78</sup> La instalación del tribunal arbitral supone la realización de la audiencia, en la cual se señalarán las reglas que las partes acuerden para llevar a cabo el proceso; así como otras estipulaciones que las partes pueden acordar.

<sup>79</sup> Existiendo la posibilidad de que al notificarse la aceptación del último árbitro, se formule una recusación, la cual suspenderá la constitución del tribunal arbitral.

Coincidimos con el citado autor al señalar que la competencia del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, se produzca después de que culmine el plazo para presentar algún cuestionamiento a los miembros del tribunal; caso contrario, estaremos frente a una situación polémica.

De acuerdo con esto, creemos que el árbitro de emergencia contrarrestaría la incertidumbre entre la constitución e instalación del tribunal arbitral; puesto que las partes contarían con un procedimiento previo al arbitraje, para solicitar la adopción de medidas cautelares en sede arbitral. Y, de ser el caso, si se extendiera el tiempo de la constitución o instalación del tribunal, el árbitro de emergencia podrá renovar las medidas adoptadas, evitando la caducidad de las mismas.<sup>80</sup>

- *Ley de arbitraje*

Aun cuando hemos afirmado que la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, puede establecerse en el propio convenio arbitral o reglamento institucional de arbitraje, esta facultad siempre estará sujeta a las disposiciones legales aplicables al arbitraje en el derecho nacional.

De acuerdo a esto, la ley que los árbitros han de aplicar a las medidas cautelares es la *lex arbitri* —ley que regirá el procedimiento arbitral— siendo, en primer lugar, la determinada por las partes; y, en su defecto, la ley que se establezca en el reglamento institucional; y si las partes no han optado por un arbitraje institucional, se aplicará las reglas que el tribunal arbitral considere más apropiadas (Karrer 2001:102).

Creemos que frente a la ausencia de una ley aplicable, el tribunal arbitral debe tener en consideración las disposiciones de la ley del lugar

---

<sup>80</sup> Reglamento de arbitraje de la PUCP, art. 76. Reglamento de arbitraje de la CCL, art. 50.4.

donde se llevará a cabo el arbitraje —como una de las reglas aplicables al proceso—, tal como lo señala el artículo 34.3 de nuestra ley.

La mayoría de las legislaciones de los Estados extranjeros, confirman la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, reconociendo la teoría de los poderes inherentes del tribunal arbitral<sup>81</sup> (Martins 2013:111).

No obstante, existe un grupo reducido de legislaciones que reserva esta facultad sólo a los tribunales estatales (Italia, Grecia). Así también, tenemos las legislaciones que omiten esta facultad, debiendo deducirse del propio texto de la norma (China);<sup>82</sup> y, por último, tenemos las legislaciones que facultan tanto al tribunal arbitral como a los tribunales estatales, para dictar medidas cautelares en el arbitraje (Werdnik 2014: 252).

- *Competencia restringida de las medidas cautelares en sede judicial*

A diferencia de la validez del acuerdo de restricción de las medidas cautelares a los árbitros, la restricción para los tribunales estatales es totalmente diferente.

Creemos que los tribunales estatales son competentes para dictar medidas cautelares, sin la posibilidad de un acuerdo restrictivo (Martins 2013:111), pues de encontrarnos con este acuerdo, podría entenderse como un actuar contrario a la tutela cautelar (la cual forma parte del derecho al debido proceso. Sentencia n.º 0023-2005-PI/TC).

---

<sup>81</sup> La teoría de los poderes inherentes del tribunal arbitral, reconoce la competencia de los árbitros para resolver todas aquellas cuestiones que afecten al proceso, siendo la adopción de medidas cautelares una de las actuaciones procesales inherentes al arbitraje (2013:111).

<sup>82</sup> Para un mayor análisis, leer el numeral 2.1.1 del presente trabajo.

Asimismo, al analizar el artículo 608 del CPC,<sup>83</sup> veremos que éste no recoge la posibilidad de exclusión de los tribunales estatales para dictar medidas cautelares; sino que da por hecha esta competencia, estableciendo requisitos objetivos y subjetivos, que las partes deberán cumplir para solicitar la adopción de medidas cautelares.

Sin embargo, la posibilidad de excluir a los tribunales estatales para dictar medidas cautelares, sí podemos encontrarla en la legislación suiza.

El artículo 374 del *Civil Procedural Code*,<sup>84</sup> aunque de manera general, admite la posibilidad de que las partes puedan excluir la intervención de los tribunales estatales en la adopción de medidas cautelares, aceptando que tal facultad sea otorgada al tribunal arbitral, en la medida de que en la legislación suiza sí reconoce una jurisdicción alternativa (Dickenmann 2012: 897).

Sobre esto, una parte de la doctrina suiza cuestionó la posibilidad de exclusión de los tribunales estatales, argumentando que se dejaría sin protección a las partes, durante el período en que no se encuentra constituido el tribunal arbitral.

---

<sup>83</sup> Artículo 608 del CPC. Juez competente, oportunidad y finalidad.

El juez competente para dictar medidas cautelares es aquél que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda. El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta establecida en el presente Código.

Todas las medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas. El solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar. La medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva.

<sup>84</sup> «Art. 374.- Interim measures, security and damages.

1. The ordinary court or, unless the parties have otherwise agreed, the arbitral tribunal may at the request of a party order interim measures, including measures to protect the evidence.

[...].»

Consideramos que esta afirmación no es tan exacta, dado que según Beger y Kellerhalls (citados por Martins 2013:1111) la exclusión no produciría efectos si el tribunal arbitral no se ha constituido; visto que podría suponer una renuncia anticipada de acceso a la jurisdicción.

Por su parte, el reglamento suizo de arbitraje internacional, ha introducido el «procedimiento de emergencia»<sup>85</sup> dentro de sus normas, con la finalidad de solucionar el tema del período de tiempo, en que todavía no se encuentra constituido el tribunal arbitral.

Con este procedimiento, de existir un acuerdo de exclusión de los tribunales estatales, las partes podrán solicitar la adopción de medidas cautelares al árbitro de emergencia, sin perjudicar el derecho de acceso a la jurisdicción.

Finalmente, de ser el caso que las partes no deseen iniciar un procedimiento de emergencia, éstas podrán solicitar la adopción de medidas cautelares ante los tribunales estatales, tal como se señala en el artículo 183.3<sup>86</sup> de la ley federal del derecho internacional privado (Dickenmann 2012: 897).

---

<sup>85</sup> Procedimiento de emergencia

«Artículo 43.-

1. Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la parte que requiera medidas provisionales urgentes de conformidad con el artículo 26, antes de la constitución del tribunal arbitral, podrá presentar a la Secretaría una petición de procedimiento de emergencia (en adelante denominada la “Petición”).

[...].»

<sup>86</sup> «Artículo 183.- Medidas provisionales y de conservación

[...]

3. El tribunal arbitral o el juez podrán sujetar el otorgamiento de medidas provisionales o de conservación a las garantías apropiadas.»

- *Compatibilidad entre las medidas cautelares en sede arbitral y judicial*

Nuestra ley de arbitraje<sup>87</sup> establece la compatibilidad de las medidas cautelares dictadas en sede arbitral, con relación a las medidas adoptadas en sede judicial.

De acuerdo a eso, pueden darse estos supuestos:

- a. Que se trate de las mismas medidas cautelares.
- b. Que se trate de medidas cautelares diferentes.
- c. Que se trate de las mismas medidas cautelares.

Para empezar, debemos establecer que el primer supuesto es el más complejo, ya que dentro de éste puede subdividirse entre: i) Que las medidas cautelares solicitadas en sede arbitral, hayan sido solicitadas antes en sede judicial; i.1) Que las medidas cautelares se encuentren en trámite; i.2) Que la medida cautelar haya sido denegada ante la autoridad judicial; ii.3) Que la misma medida cautelar haya sido solicitada primero en sede arbitral y luego en sede judicial. (Miró 2013: 50).

---

<sup>87</sup> «Artículo 47.-

[...]

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

[...].»

*i) Que las medidas cautelares solicitadas en sede arbitral, hayan sido solicitadas antes en sede judicial*

Respecto al primer caso, al tratarse de las mismas medidas cautelares y frente al carácter general de la ley y los reglamentos institucionales, no existe impedimento alguno de que la medida solicitada en sede arbitral haya sido pretendida en sede judicial; sin embargo, en aplicación de los principios generales del derecho y en concreto del *non bis in ídem*,<sup>88</sup> se impediría tal proceder (2013:51).

No obstante, si la parte presenta en sede arbitral la medida cautelar rechazada por los jueces, incorporando nuevos elementos de prueba, nada impediría que el tribunal arbitral pueda analizar el caso.

*i.1) Que las medidas cautelares se encuentren en trámite*

En contrapartida de lo antes señalado, podría darse el caso en que las medidas cautelares solicitadas en ambas jurisdicciones, ya se encuentren en trámite, produciéndose claramente una litispendencia.

Ante este nuevo paradigma, gran parte de la doctrina sostiene que una vez instalado el tribunal arbitral, será este órgano el competente para adoptar medidas cautelares, y no los tribunales estatales.

Por otra parte, algunos autores sostienen que un tribunal estatal puede dictar medidas cautelares durante la existencia de las actuaciones arbitrales. Posición a primera impresión curiosa, que tiene sus oríge-

---

<sup>88</sup> «[...] En buena cuenta, el principio non bis in ídem veda la imposición de una dualidad de sanciones o la iniciación de una duplicidad de procesos sancionadores en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Pues bien, si se constata la doble sanción penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habrá de reputarse inconstitucional, siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada». (Sentencia n.º 03706-2010-PA/TC. Considerando n.º 3).

nes en el estudio que los redactores de la Ley Modelo hicieron sobre las decisiones judiciales en el campo de la Convención de Nueva York (González 2011:683).

El estudio demostró que existía una falta de uniformidad sobre el tema, dado que algunos rehusaban hacerlo —en apoyo al arbitraje—, mientras que otros jueces las emitían —lejos de obstruir el arbitraje, aseguraban que el laudo sea ejecutado—; la orientación que tomaron los redactores de la Ley Modelo, fue la de dejar claro que las medidas cautelares dictadas por los jueces no son incompatibles con el arbitraje (2011:684). Tal como se aprecia en el artículo 9 de la Ley Modelo:

Artículo 9.- Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal.

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas.

Aunque para algunos, podría considerarse como contradictoria con el principio de que una vez constituido el tribunal arbitral, éste es el órgano competente para decidir sobre las medidas cautelares, una parte de los reglamentos institucionales,<sup>89</sup> permiten acudir a la jurisdicción estatal, para solicitar medidas cautelares sin merma del sometimiento al arbitraje, de manera que no se podría alegar en sede judicial la falta de jurisdicción (Miró 2013:51).

---

<sup>89</sup> Reglamento de arbitraje de la CCI, art. 28.2.  
Reglamento de arbitraje de Uncitral, art. 26.9.  
Reglamento de arbitraje del Ciadi, art. 39.5.  
Reglamento de arbitraje de la ICDR, art. 24.3.  
Reglamento de arbitraje de la OMPI, art. 48.  
Reglamento de arbitraje de la PUCP, art. 75.  
Reglamento de arbitraje de la CCL, art. 50.4.

Consideramos que antes de decidir a qué instancia se debe recurrir para la adopción de una medida cautelar, se tiene que hacer un mayor análisis del caso, más aún cuando nuestra ley y reglamentos institucionales no tratan de forma clara el tema.

Para el caso, *Redfern & Hunter* (citados por Martins 2013:107) señalan que: «cuando estemos frente a esta situación, es probable que dependerá de las circunstancias particulares de la respuesta, antes que de la pregunta de si se debe acudir a sede arbitral o sede judicial. Si, por ejemplo, el tribunal arbitral no está constituido, y el asunto es de urgencia (o, alternativamente, los árbitros no tienen facultades necesarias para conceder la medida que debe aplicarse), la única posibilidad es solicitarlo a los tribunales estatales, mientras que, al mismo tiempo, tomar medidas para acelerar el inicio del arbitraje. Sin embargo, cuando el tribunal arbitral ya esté constituido, es apropiado solicitar, en primer lugar, a dicho tribunal para la adopción de medidas provisionales a menos que las medidas solicitadas, sean las que el propio tribunal no tiene la facultad de otorgar». (el subrayado es nuestro).

Ahora bien, la distinción entre unos órganos y otros parece tan clara en la teoría; empero, no lo es tanto en la práctica. Incluso, si aplicáramos las reglas del arbitraje de emergencia, el árbitro una vez recibida la solicitud de medida cautelar, pondrá en conocimiento de la contraparte dicha solicitud y decidirá otorgar o no las medidas cautelares, en el menor tiempo posible, salvo que el reglamento haya optado por un procedimiento sin conocimiento de la contraparte.

No obstante, en sede judicial, una vez recibida la solicitud de medida cautelar, el juez determinará si otorga o no la medida en *inaudita altera parte*; en ese sentido, la contraparte no se enterará de la tramitación hasta la notificación de la resolución judicial.

Entonces, tendríamos dos trámites de medidas cautelares en sedes jurisdiccionales distintas.

Al respecto, Amprimo Plá tiene una posición interesante sobre el tema; dado que dependiendo del tipo de arbitraje en que nos encontremos, obtendremos una respuesta singular (2013:66).

El citado autor, señala que si nos encontramos en un arbitraje internacional, los tribunales estatales sí podrán dictar medidas cautelares durante las actuaciones arbitrales, previa autorización del tribunal arbitral;<sup>90</sup> empero, si estamos frente a un arbitraje nacional, la respuesta será negativa, puesto que el inciso 1 del artículo 3 de nuestra ley, señala: «En los asuntos que se rijan por este decreto legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga» (2013:67).

Debemos señalar que la respuesta del citado autor ayuda a solucionar el dilema; pero respecto al arbitraje nacional, una vez constituido el tribunal arbitral, éste será el órgano el competente para adoptar medidas cautelares. Y, de ser el caso, si las medidas adoptadas requieran ejecución forzada, solicitar el apoyo de la autoridad judicial o autorizar a la parte solicitante, a acudir a los tribunales estatales para que ejecuten las medidas cautelares.

Entonces, la pregunta que debemos hacernos es: ¿la tramitación de las mismas medidas cautelares en sedes jurisdiccionales distintas, impediría el desarrollo del arbitraje?

En primer lugar, consideramos que al igual que los reglamentos internacionales, las solicitudes de medidas cautelares ante las autoridades judiciales, antes o durante las actuaciones arbitrales, no son incompatibles. Sin embargo, esta regulación es dada en forma general,

---

<sup>90</sup> «Artículo 47.-

[...]

9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes».

dependerá del caso en concreto, las circunstancias y la valoración que los árbitros realicen, para dar una solución.

En suma, solicitar la adopción de las mismas medidas cautelares en sedes jurisdiccionales distintas, sin tener en cuenta las circunstancias y la aprobación de los árbitros, es una mala práctica que perjudica el normal desarrollo del proceso arbitral, desconociéndose la competencia del tribunal.

Por ello, de tramitarse las mismas medidas cautelares en sedes distintas, se debe privilegiar a la solicitada en sede arbitral —por un asunto de especialidad—;<sup>91</sup> y, de ser el caso, que por un tema de tiempo, los jueces dicten las medidas antes que el tribunal arbitral, se deberá poner en conocimiento de la medida adoptada a los árbitros, y éstos deberán analizar el comportamiento de las partes, las circunstancias del caso y los plazos en que se desarrollaron las solicitudes, decidiendo entre modificar, sustituir o, de ser el caso, dejar sin efecto las medidas cautelares que hayan sido dictadas por una autoridad judicial.<sup>92</sup>

Por otro lado, el escenario podría empeorarse si la misma medida cautelar es solicitada ante el árbitro de emergencia y los tribunales estatales —recordando que el árbitro de emergencia, es una figura distinta al tribunal arbitral, que sólo cuenta con facultades para adoptar las medidas cautelares en sede arbitral hasta antes de la constitución del tribunal—.

Atendiendo a esto, consideramos que al ser el árbitro de emergencia un órgano distinto al tribunal arbitral, éste no goza de las facultades para modificar, sustituir o dejar sin efecto, las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial.

---

<sup>91</sup> Tendrá mayor sentido solicitar la medida cautelar al tribunal arbitral, ya que conocerá mejor el caso que un juez que no está involucrado (Martins 2013:108).

<sup>92</sup> Artículo 47.- Inc. 6.

Sobre esto, los reglamentos institucionales de arbitraje que introdujeron al árbitro de emergencia,<sup>93</sup> también regularon que las solicitudes de medidas cautelares ante las autoridades judiciales, antes o durante el proceso de emergencia, no son incompatibles; no obstante, es menester recordar que ésta es una norma general, y dependerá del tipo de medida y las circunstancias para dar una solución al caso.

De acuerdo a eso, se debe establecer que de existir la tramitación de la misma medida cautelar ante el árbitro de emergencia y los tribunales estatales, y de no haberse acreditado las circunstancias apropiadas, el proceso de emergencia finalizará en el estado en que se encuentre (antes de que se emita la medida cautelar). Con la finalidad de que las partes no realicen actos que puedan perjudicar el trámite y la futura ejecución de la medida cautelar dictada por el árbitro de emergencia.

Por ello, consideramos que uno de los requisitos para iniciar el procedimiento de emergencia, deberá ser «una declaración jurada emitida por el solicitante, mediante la cual se comprometa a no presentar una solicitud cautelar en otra jurisdicción en forma paralela; caso contrario se dejará sin efecto el inicio del proceso de emergencia. Y de haberse otorgado la medida cautelar, el árbitro de emergencia dispondrá la cancelación de ésta».

Creemos, que el propósito de esta declaración, es evitar la presentación de la misma solicitud de medida cautelar en jurisdicciones distintas; puesto que de no solucionarse en esta etapa, se generaría una controversia de jurisdicciones.

---

<sup>93</sup> Reglamento de arbitraje de la CCI, art. 29.6.  
Reglamento de arbitraje de la ICDR, art. 6.7.  
Reglamento de arbitraje de SCC, Anexo II.  
Reglamento de arbitraje de LCIA de 2014, art. 9.B.  
Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional —Reglamento Suizo—, art. 43.

*i.2) Que la medida cautelar haya sido denegada ante la autoridad judicial*

Con relación a este supuesto, si las medidas cautelares ya fueron denegadas por los tribunales estatales, y al ser la jurisdicción estatal aquélla que fue acudida por la parte, la aplicación del principio *res judicata* impediría que el tribunal arbitral pudiera volver a concederlas (Miró 2013: 51).

Sin embargo, si la parte al momento de volver a solicitarla ante el tribunal arbitral, incluye medios probatorios más consistentes, nada impide que la medida cautelar pueda ser adoptada en sede arbitral.

*ii.3) Que la misma medida cautelar haya sido solicitada primero en sede arbitral y luego en sede judicial*

Por otro lado, si se presenta el mismo supuesto, pero acudiendo primero al tribunal arbitral, en principio, los jueces no podrán dictar la medida por las razones antes expuestas —*non bis in idem*— (2013: 51). Asimismo, recordemos que una vez instalado el tribunal arbitral, su competencia excluye a otras jurisdicciones.

*a) Que se trate de medidas cautelares diferentes*

Sobre este supuesto, creemos que no habría ningún problema en presentar distintas medidas cautelares en las diferentes jurisdicciones, tomando en cuenta el momento procesal en que se encuentre el arbitraje.

*2.1.3.2.3. Tercera fase (desde la emisión del laudo arbitral, hasta su ejecución)*

En esta tercera fase, debemos indicar que una vez dictado el laudo arbitral que resuelve la controversia, la competencia del tribunal arbitral llega a su fin; y sólo podrá pronunciarse sobre las solicitudes de integración, interpretación o rectificación de laudo.

En consecuencia, si las partes desean adoptar alguna medida cautelar posterior a la emisión del laudo, deberán solicitarlo ante los tribunales estatales, cumpliendo los requisitos del CPC.

A manera de conclusión, desde la presentación de la solicitud de arbitraje hasta la constitución del tribunal arbitral, la competencia para emitir las medidas cautelares recae sobre los jueces, salvo que exista otro órgano legitimado —árbitro de emergencia—; posteriormente, luego de constituirse el tribunal arbitral, corresponderá exclusivamente a los árbitros la adopción de las medidas; y una vez finalizado el arbitraje, la competencia se atribuye a los jueces. Por su parte, Mustill (1993: 118-119), define a este cambio de competencias como una carrera de relevos.

## **2.2. Posibilidad de adoptar las medidas cautelares inter partes o inaudita altera parte**

La doctrina se encuentra dividida al momento de reconocer la adopción de las medidas cautelares por los árbitros, incluyendo en esta posición al árbitro de emergencia; y dependerá de la orientación legislativa y del reglamento de arbitraje, para definir cuál de las dos opciones se deberá aplicar.

- *Inter partes*

En principio, nuestra ley de arbitraje (artículo 47.3) establece como regla general, que antes de resolverse, la solicitud de medida cautelar, deberá ponerse en conocimiento de la contraparte. Las razones sobre esta posición, se deben a la propia naturaleza consensual del arbitraje, dado que al ser un acuerdo entre las partes el someterse a esta jurisdicción, corresponde que ambas tengan conocimiento de las actuaciones durante el proceso.

Incluso, las medidas cautelares directas, sin conocimiento de parte, pueden ser objeto de abuso por el solicitante; pudiendo ser utilizadas para actos en perjuicio de la contraparte (Werdnik 2014: 253).

Por su parte, Hans van Houtte, al analizar la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares, sostiene que decidir las medidas sin conocimiento de la contraparte, va en contra del principio de igualdad de las partes en el arbitraje y contradicción, pudiendo generar un malestar frente a este actuar, produciendo un efecto negativo en la no ejecución de forma voluntaria; asimismo, puede suceder que las medidas dictadas, causen un daño irreversible a la contraparte. Todo esto porque el árbitro no contó con la información de ambas partes (2004: 86-95).

Consideramos que gran parte de los reglamentos de arbitraje, optan por establecer que los árbitros dicten medidas cautelares previo conocimiento de la contraparte; y de ser el caso que el solicitante justifique las circunstancias por las que no se deben poner en conocimiento, los árbitros podrán dictarlas de forma directa.

- *Inaudita altera parte*

Por otra parte, los que están a favor de la capacidad de los árbitros para adoptar medidas cautelares *inaudita altera parte*, sostienen que esta posición debe primar cuando nos encontremos en situaciones de *urgencia*, con la finalidad de que la medida sea efectiva (Gandía 2014: 172).

De igual forma, Lapiedra sostiene que dictar las medidas cautelares sin conocimiento de la contraparte, no afecta el principio de igualdad y contradicción; puesto que la otra parte podrá hacer uso de su derecho en una etapa posterior (2008: 152).

El campo de los derechos de la propiedad intelectual, nos puede aclarar el uso de esta posición, tal como lo expresó Francis Gurry,<sup>94</sup> al

---

<sup>94</sup> GURRY, Francis. «The Need for Speed». Conferencia Biennial Ifcai del 24 de octubre de 1997, Ginebra. Haciendo la precisión de que en 1997 todavía se encontraba vigente el procedimiento prearbitral de la CCI de 1990. <http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1997/october/gurry.html> (revisado el 10 de junio de 2016).

señalar que la necesidad de una medida *ex parte*, se acreditará mediante circunstancias de mala fe o la existencia de un riesgo de un daño irreparable, y que de no adoptarse esta medida de forma directa, los derechos de los comerciantes podrían perder su valor.

Por su parte, María Gandía señala que la adopción de las medidas *inaudita altera parte*, no serán menos exigentes; sino todo lo contrario, sólo se optará por este camino si concurren ciertas circunstancias (2014: 173):

- El solicitante deberá presentar las pruebas que justifiquen la adopción de una medida sin conocimiento de la contraparte.
- El solicitante deberá actuar de buena fe y exponer los argumentos que sustenten su petición.
- La adopción de la medida, deberá preservar los elementos del derecho de contradicción de la contraparte.
- Que la contraparte sea oída, tan pronto sea posible.

Consideramos que ambas posturas tienen sus propias justificaciones, y dependerá de la orientación del reglamento de arbitraje para optar por una de ellas; sin embargo, como indicamos anteriormente, al estar frente al procedimiento de emergencia, el cual es muy rápido, con plazos muy cortos, de acreditarse las circunstancias apropiadas, el árbitro de emergencia podrá dictar las medidas cautelares en *inaudita altera parte*.

Un claro ejemplo de los resultados de esta posición, son las experiencias de los reglamentos internacionales que optaron por ella.

### ***2.3. Las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas por el árbitro de emergencia***

#### ***2.3.1. Requisitos para otorgar las medidas cautelares***

De alguna u otra manera, gran parte de los reglamentos de arbitraje, mencionan y requieren los requisitos necesarios para dictar las medidas

cautelares, mientras que otros se abstienen en absoluto; no obstante, el criterio de evaluación y valoración de estos requisitos recaerá ante el árbitro de emergencia, procurando que las exigencias demandadas, sean convenientes y necesarias (Miró 2013: 44).

Para Gary Born (citado por Estavillo 2013: 5), los requisitos son:

- El riesgo de un daño irreparable, en caso no se dicte las medidas.
- La urgencia de las medidas.
- La abstención de prejuzgar sobre el fondo de la controversia sometida a arbitraje.
- La instrumentalidad.
- Exigir la presentación de una garantía o caución.
- La existencia de jurisdicción.

### *2.3.2. Tipos de medidas cautelares*

#### *2.3.2.1. Medidas cautelares para mantener el status quo o evitar daños*

Este tipo de medidas cautelares son las más frecuentes en el arbitraje, porque están destinadas a: i) preservar el objeto materia de controversia; ii) regular la relación entre las partes durante el proceso; iii) evitan que una parte realice una acción o modifique algo que puede afectar la decisión final. Considerando que la adopción de este tipo de medidas, necesita de un riguroso análisis de los requisitos por el árbitro, pues congelará la relación entre las partes (Gandía 2014: 130-131).

Respecto al daño, una parte de la doctrina sostiene que si producto del daño se puede obtener una indemnización, ya no ameritaría una medida cautelar previa; sin embargo, bajo el derecho anglo-americano, la posibilidad de obtener una indemnización con el laudo final, no precluye la posibilidad de obtener una medida como ésta (González 2011: 636).

### *2.3.2.2. Medidas cautelares para preservación de pruebas*

La necesidad de salvaguardar las pruebas puede presentarse con antelación al inicio del arbitraje; por ello, es común que este tipo de medidas sean solicitadas de manera temprana. El campo en que se ha desarrollado ampliamente este tipo de medidas cautelares, es en el de los derechos de la propiedad intelectual —la información digitalizada puede ser borrada en segundos— (Gandía 2014: 132-133).

### *2.3.2.3. Medidas cautelares para asegurar la ejecución del laudo*

Este tipo de medidas son adoptadas en base del riesgo de que una parte pueda desaparecer los activos o devenir en insolvente, frustrando la posible ejecución del laudo final. El sentido de estas medidas, es evitar una victoria pírrica; por ello, su utilidad no es común en el arbitraje, debido a que sólo se adoptarán si los activos o derechos de propiedad son objeto del arbitraje (2014: 133).

### *2.3.2.4. Medidas cautelares que ordenan pagos provisionales*

Las medidas cautelares que ordenan pagos provisionales, se dan cuando una parte debe a la otra una cantidad de dinero no controvertido o poco controvertido; procurándose que la parte perjudicada cuente con liquidez y continúe con sus actividades. De otorgarse este tipo de medidas, deberán ser revisadas al momento del laudo final (2014: 137).

Consideramos que de presentarse una solicitud sobre este tipo de medidas, el árbitro de emergencia deberá exigir la constitución de una garantía o caución, con la finalidad de asegurar los posibles daños que puede generarse a la contraparte.

### III. CONCLUSIONES

- Actualmente la institución del árbitro de emergencia se ha vuelto en una necesidad potencial dentro del arbitraje, debido a que las cortes de arbitraje e instituciones más relevantes, la han introducido en sus reglamentos. No obstante, consideramos que la legislación del árbitro de emergencia en nuestro ordenamiento, no sólo debe estar respaldado por las experiencias que han obtenido las instituciones arbitrales extranjeras; sino que debemos analizar nuestra legislación y la forma de administración del arbitraje por las instituciones nacionales, puesto que podemos caer en el error del legislador al copiar normas sin tener clara su función práctica.
- Creemos que lo trascendental no es sólo la incorporación de la figura del árbitro de emergencia en nuestros reglamentos; dado que si no es aplicada correctamente, podemos encontrarnos con un panorama negativo sin utilidad para el arbitraje. Gran parte del éxito de esta figura, dependerá de la forma de regulación de los centros e instituciones, con respecto a la posibilidad de acceder al inicio del procedimiento —el costo que demandará para activarlo—, el cuidado de la confidencialidad de las medidas, y la experiencia e imparcialidad de los árbitros designados.
- La posibilidad para distribuir la competencia entre árbitros y jueces, consiste en atender el momento procesal en que se solicita la medida cautelar; por ello, debemos estructurar el proceso arbitral en diferentes fases, con la finalidad de determinar en cada una de ellas, qué órgano será el legitimado para adoptar las medidas cautelares.
- De existir la tramitación de la misma medida cautelar ante el árbitro de emergencia y los tribunales estatales, y de no haberse acreditado las circunstancias apropiadas, el proceso de emergencia finalizará en el estado en que se encuentre (antes de que

se emita la medida cautelar). Con la finalidad de que las partes no realicen actos que puedan perjudicar el trámite y la futura ejecución de la medida cautelar dictada por el árbitro de emergencia.



## EL CONVENIO ARBITRAL: FORMALIDAD, ALCANCES, ELEMENTOS Y EFECTOS

*Carlos Alberto Matheus López\**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Concepto.— 3. Formalidad.— 4. Tipos de formalización.— 4.1. Convenio arbitral adhesivo.— 4.2. Convenio arbitral unidocumental.— 4.3. Convenio arbitral pluridocumental.— 4.4. Convenio arbitral por referencia.— 4.5. Convenio arbitral procesal.— 4.6. Convenio arbitral electrónico.— 5. Ámbito de aplicación subjetivo del convenio arbitral.— 6. Elementos negociales de capacidad.— 7. Efectos del convenio arbitral.

### 1. INTRODUCCIÓN

Cabe señalar inicialmente y, sin lugar a dudas, que el origen del arbitraje se encuentra en el convenio arbitral<sup>1</sup> —justificado en la autonomía de

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco (España). Profesor Asociado del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP. Profesor de Derecho de Arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Árbitro Profesional y Consultor en Arbitraje. [www.cmlarbitration.com](http://www.cmlarbitration.com).

<sup>1</sup> Siendo éste, además, «la piedra angular del moderno arbitraje comercial internacional, pues para ser válido el arbitraje, primero debe ser válido el convenio arbitral» (REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. «Law and Practice of International Commercial Arbitration». Londres: Sweet & Maxwell, 2004, p. 5).

la voluntad—,<sup>2</sup> sin cuya presencia no será posible reconocer virtualidad alguna al arbitraje,<sup>3</sup> o lo que es lo mismo, sin convenio arbitral no puede existir arbitraje.<sup>4</sup>

Por otra parte, el convenio arbitral establece los elementos y las características del arbitraje,<sup>5</sup> o lo que es lo mismo, constituye el «genoma

<sup>2</sup> Conviene recordar que «como concepto metodológico, la autonomía de voluntad de las partes se desarrolló durante todo el siglo xx, como la libertad contractual en el derecho interno, en tanto un componente esencial del modelo liberal de regulación de mercado. Hoy en día, sus consecuencias son cada vez de mayor alcance, lo que justifica la difusión de mecanismos de mercado en cada vez más campos. El más notable ejemplo es sin duda el extraordinario crecimiento e institucionalización del arbitraje comercial internacional [...] que hoy se ha establecido en gran medida como un mundo paralelo y autopoiesístico de justicia privada, supuestamente encubierta por una comunidad de comerciantes autorregulada y transnacional» (MUIR WATT, Horatia. «Party Autonomy in International Contracts: from the Makings of a Myth to the Requirements of Global Governance». En *European Review of Contract Law*. Berlin-Boston, 2010, n.º 3, p. 5).

<sup>3</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «Tratamiento del arbitraje en el sistema jurídico peruano». En *Rivista dell'Arbitrato*. Milano: Giuffrè editore, 2002, n.º 4, p. 794; con igual parecer GASPAS LERA, Silvia. «El ámbito de aplicación del arbitraje». Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 61.

<sup>4</sup> MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «The Arbitration Agreement in Peruvian Law». En *International Arbitration Law Review*. Londres, 2004, vol. 7, n.º 6, p. 196.

<sup>5</sup> No obstante, «el contenido del convenio arbitral varía considerablemente de las cláusulas arbitrales tipo redactadas por las instituciones arbitrales a las cláusulas redactadas por las partes. Estas últimas, usualmente, ponen poca atención a los convenios arbitrales [...]. Por ello las cláusulas arbitrales son, frecuentemente, redactadas con prisa, sin tomar en consideración todos los problemas que podrían surgir». (RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. «International Arbitration. Law and Practice». La Haya-Londres-Boston: Kluwer Law International, 2001, p. 214); efectivamente, «muchas cláusulas arbitrales son “cláusulas de medianoche”: redactadas en el último momento luego de la conclusión de las negociaciones del contrato, casi como una ocurrencia tardía (y a menudo después de la medianoche). Por eso, no es sorprendente que algunas cláusulas arbitrales no reflejen el mismo nivel de sofisticación como otras disposiciones contractuales y puedan tornarse defectuosas —o patológicas— a través de una redacción imprecisa». (WILSKE, Stephan, Sarah Kimberly HUGHES y Alyson Joy AKOKA. «Pathological Designation of a Non-Existent Korean Arbitration Institution: a Trip to Jurisdictional No Man's Land». En *Korean Arbitration Review*. Seúl, 2014, p. 30); o bien «las cláusulas arbitrales son,

arbitral», pues contiene el conjunto de la información genética del futuro proceso arbitral, dado que las reglas insertas en el convenio se transmitirán y darán lugar a un arbitraje con tales especificaciones. Éste es, además, un fenómeno mutable, puesto que la realidad misma del arbitraje exige que a las reglas originales se integren otras —integración del convenio arbitral— vinculadas a su necesaria operatividad.<sup>6</sup> Y dado que, en virtud de su autonomía de voluntad, las partes pueden reducir, modificar o extinguir las reglas contenidas en el convenio arbitral primigenio.

## 2. CONCEPTO

Si bien existen —en doctrina— diversas definiciones sobre el convenio arbitral,<sup>7</sup> podemos conceptuarlo como un negocio jurídico bilateral que, alejado del contractualismo, permite la resolución procesal de la «controversia».<sup>8</sup> Siendo por ello un negocio jurídico impropio que no origina las consecuencias propias del contrato sino más bien aquéllas impropias de

---

normalmente, un tema de negociación por un largo tiempo, pero que pronto es puesto en segundo plano. El texto final es acordado de forma relativamente tardía con poca ayuda experta, y es tipeado y traducido por personas que no lo entienden». (KARRER, Pierre A. «Pathological Arbitration Clauses, Malpractice, Diagnosis and Therapy». En *The International Practice of Law, Liber Amicorum for Thomas Bär and Robert Karrer*. La Haya-Londres-Boston: Kluwer International, 1997, p. 111).

<sup>6</sup> Tales como aquéllas que se colocan en el «Acta de Instalación» o la propia designación de los miembros del tribunal arbitral.

<sup>7</sup> Así, para algunos no es más que un pacto o una cláusula contractual de la que se desprende la opción de las partes por el arbitraje (RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO. «Enjuiciamiento civil». Barcelona: Bosch, 1997, vol. II, p. 1122). Otros lo entienden como la estipulación contractual de las partes por medio de la cual convienen acudir a la decisión arbitral si con ocasión de su contrato o relación jurídica, surge un conflicto (MONTERO AROCA, J., M. ORTELLS RAMOS y J.L. GÓMEZ COLOMER. «Derecho jurisdiccional». Barcelona: Bosch, 1995, vol. II, p. 846). Mientras que para algunos es el acuerdo creador del arbitraje, esto es, el contrato de derecho privado que constituye la base de la institución. (GASPAR, *Ob. cit.*, p. 54).

<sup>8</sup> Nuestro DLA utiliza el término controversia para referirse a la patología jurídica disponible.

la resolución procesal de la «controversia» que constituye su objeto.<sup>9</sup> Además, una de sus funciones más importantes es demostrar que las partes han consentido en resolver sus controversias a través del arbitraje.<sup>10</sup>

En nuestro actual decreto legislativo que norma el arbitraje (DLA), es posible hallar una definición de convenio arbitral,<sup>11</sup> la cual nos evidencia la indudable vocación negocial —no contractualista—<sup>12</sup> de éste.<sup>13</sup> Asimismo, resulta loable su propuesta de asumir al convenio arbitral como categoría conceptual autosuficiente técnicamente, para que la «controversia» pueda ser sometida a la resolución procesal del arbitraje.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Con distinto parecer REGLERO CAMPOS, L. Fernando. «El arbitraje (el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la ley de 5 de diciembre de 1998)». Madrid: Editorial Montecorvo, 1991, p. 71. Define al convenio arbitral como «el contrato por el cual las partes acuerdan someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las cuestiones litigiosas que surjan o puedan surgir de las relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales»; con similar parecer CORDÓN MORENO, Faustino. «El arbitraje en el derecho español: interno e internacional». Pamplona: Aranzadi editorial, 1995, p. 57. Nos señala que «es preciso distinguir el convenio arbitral, que es un contrato, y el arbitraje como institución...».

<sup>10</sup> Con igual parecer REDFERN, Hunter, BLACKABY y PARTASIDES, *Ob. cit.*, p. 7.

<sup>11</sup> En tal forma, el artículo 13(1) de nuestro DLA señala que «El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza».

Este artículo, al parecer resulta tributario del artículo 7 de la «Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional», el cual nos señala que «el acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual [...]».

<sup>12</sup> Para una comprensión de las diversas concepciones sobre el convenio arbitral, las cuales inciden en la naturaleza del arbitraje, ver MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «Estudio comparativo del proceso jurisdiccional y arbitral en el ordenamiento jurídico peruano». En *Genesis*. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, 2003, n.º 28, pp. 387 y ss.

<sup>13</sup> En tal sentido, se observa claramente que el artículo 13, inciso 1, DLA no alude al «**contrato**», sino más bien al «**acuerdo** por el que las partes [...]». (Las negritas son nuestras).

<sup>14</sup> Habiéndose superado ya —a partir de la Ley General de Arbitraje de 1992— la vieja y problemática dualidad conceptual entre «cláusula compromisoria» y

### 3. FORMALIDAD

El artículo 13<sup>15</sup> del DLA refuerza<sup>16</sup> el carácter antiformalista del convenio arbitral, al establecer claramente el carácter *ad probationem* de la

---

«compromiso arbitral», recogida en el Código Civil de 1984, la cual generaba muchas veces la inoperatividad del arbitraje, dada la eficacia mediática que poseía la cláusula compromisoria para originar a este último, resultando sólo el compromiso arbitral idóneo para iniciar el proceso arbitral.

Cabe además indicar que esta doble realidad conceptual ya existía —de modo similar— en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el cual diferenciaba el «pacto de arbitraje» del «compromiso arbitral».

<sup>15</sup> El cual nos señala que «1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. 2. El **convenio arbitral deberá constar por escrito**. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 3. **Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio**. 4. **Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta**. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5. **Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación** en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra. 6. **La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito**, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. 7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano». (Las negritas son nuestras).

<sup>16</sup> Decimos que refuerza, pues ya la anterior LGA apostaba por el antiformalismo del convenio arbitral, como también por el de la laxitud de su forma escrita, en el contexto de los nuevos medios de comunicación.

exigencia de su forma escrita, acorde al contexto de los nuevos medios de comunicación. Lo cual queda evidenciado al entender «que el convenio arbitral consta por escrito **cuando se cursa una comunicación electrónica** y la información en ella consignada **es accesible para su ulterior consulta**» (artículo 13, inciso 4, DLA).

En el DLA, los requisitos formales del convenio arbitral ceden frente a la voluntad de las partes o, lo que es lo mismo, éstos se aligeran a causa del principio de *favor negotii* asumido por aquél. En tal sentido, se considera «que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que **la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra**» (artículo 13, inciso 5, DLA).

El mentado carácter antiformalista del convenio arbitral importa un alejamiento de la limitada y utópica concepción relativa a su carácter escrito.<sup>17</sup>

#### 4. TIPOS DE FORMALIZACIÓN

De otro lado, en lo relativo a los tipos de formalización del convenio arbitral, no existe una concepción modal unívoca en nuestro DLA, pudiéndose más bien observar —principalmente— las siguientes modalidades:

##### 4.1. *Convenio arbitral adhesivo*

Es aquél que viene formalizado como cláusula (general de contratación o no) incorporada a un contrato por adhesión.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Con similar parecer, UZELAC, Alan. «The Form of Arbitration Agreement and the Fiction of Written Orality. How far should we go?». En *Croatian Arbitration Yearbook*. Zagreb, 2001, vol. 8, p. 107.

<sup>18</sup> Modalidad regulada por el artículo 15, inciso 1, DLA, cuyo tenor nos señala que «En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos

Asimismo, debemos ser conscientes de los riesgos que se derivan de tales contratos en los que se ha incluido una concreta cláusula arbitral, pues para que un convenio arbitral adhesivo resulte válido, el adherente tendrá que ser informado de que lo que suscribe es un convenio arbitral.<sup>19</sup>

#### **4.2. *Convenio arbitral unidocumental***

Es aquél formalizado en un único documento, sea como acuerdo independiente o como cláusula incorporada a un contrato principal.<sup>20</sup>

#### **4.3. *Convenio arbitral pluridocumental***

Resulta aquél formalizado a consecuencia de un intercambio de cartas o cualquier otro medio que deje constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, el cual supone romper con la unidad del acto.<sup>21</sup>

#### **4.4. *Convenio arbitral por referencia***

Es aquél que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporado al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo.<sup>22</sup>

---

por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria».

<sup>19</sup> Con tal parecer MONTESINOS GARCÍA, Ana. «Algunas reflexiones sobre el convenio arbitral». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Madrid, 2006, p. 40.

<sup>20</sup> Recogido en el primer párrafo del artículo 13, inciso 2, DLA al señalar éste que el convenio arbitral «[...] Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente».

<sup>21</sup> Modalidad regulada por el artículo 13, inciso 3, DLA, cuyo tenor nos señala que «Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio».

<sup>22</sup> Recogido en el artículo 13, inciso 6, DLA, al señalar éste que «La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato». Si bien, como es de sobra conocido, esta modalidad ya venía recogida —para el arbitraje internacional— por el artículo

Asimismo, deviene necesario que la referencia implique que dicha cláusula arbitral forma parte del contrato, pues en caso contrario se estaría afectando el requisito de voluntariedad que es la esencia del arbitraje<sup>23</sup>.

#### 4.5. *Convenio arbitral procesal*

Es aquél que viene formalizado con ocasión y al interior de un proceso judicial. Puede ser tácito,<sup>24</sup> cuando no se niega en la contestación la existencia de un convenio arbitral aludida en la demanda,<sup>25</sup> o expreso,<sup>26</sup> cuando

---

98, último párrafo, de la LGA.

<sup>23</sup> Con similar parecer Montesinos, *Ob. cit.*, p. 41; éste es el caso de la denominada *relatio perfecta* en la cual «aunque los documentos intercambiados no contienen una cláusula arbitral, éstos hacen expresa referencia a una cláusula arbitral contenida en otro documento [...] [caso distinto a aquél en que] los documentos intercambiados por las partes no contienen una cláusula arbitral, pero hacen referencia a un documento que contiene una, aunque no hay una expresa referencia a ésta en el intercambio de documentos (llamada *relatio imperfecta*)». (DI PIETRO, Domenico. «Validity of Arbitration Clauses Incorporated by Reference». En *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*. GAILLARD, Emmanuel y Domenico DI PIETRO. Reino Unido: Cameron May, 2008, p. 357).

<sup>24</sup> Modalidad regulada por el artículo 13, inciso 5, DLA, cuyo tenor nos señala que «Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra».

<sup>25</sup> Esta modalidad constituye «otra prueba de la libertad formal del convenio arbitral que trata de dar un nuevo impulso al arbitraje, manifestando la validez del convenio consensual no formal o lo que es lo mismo, la cláusula arbitral no negada por las partes. Esta norma se basa en el principio de actos propios, y podríamos llegar a pensar que dicho artículo contradice la exigencia de forma escrita del convenio, pero al fin y al cabo, a lo que se refiere este artículo es a las manifestaciones de una de las partes en un escrito de demanda que no son contradichas por la otra en su escrito de contestación a la misma, pero sin admitir el convenio arbitral verbal, pues éste deberá constar por escrito. Nos encontramos en la cima del espíritu antiformalista que pretende la ley». (Montesinos, *Ob. cit.*, p. 41).

<sup>26</sup> Modalidad regulada por el artículo 17 del DLA, cuyo tenor nos señala que «Las partes por iniciativa propia o a propuesta del juez, en cualquier estado del proceso, pueden acordar derivar a arbitraje una controversia de naturaleza disponible

las partes de *motu proprio* o a propuesta del juez deciden derivar a arbitraje la controversia que venía siendo sometida al proceso jurisdiccional.

#### 4.6. *Convenio arbitral electrónico*

Es aquél que se realiza a través de una comunicación electrónica (por medio de mensaje de datos) a cuya información (generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares) podemos acceder para su consulta.<sup>27</sup>

Finalmente, todas las especificaciones de los artículos 9 y 15 del DLA constituyen garantías normativas propias —de carácter imperativo— del convenio arbitral, las cuales no pueden ser derogadas por la autonomía de voluntad, dado que su inobservancia justificaría la anulación del laudo arbitral.<sup>28</sup>

### 5. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DEL CONVENIO ARBITRAL

En principio el ámbito de aplicación subjetivo del convenio arbitral se extiende a los sujetos que lo suscribieron, esto es, posee un alcance *inter*

---

conforme a derecho o cuando la ley o los tratados o acuerdos internacionales lo autoricen, para lo cual deberán formalizar un convenio arbitral».

<sup>27</sup> Recogido en el artículo 13, inciso 4, DLA, al señalar éste que «Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax».

<sup>28</sup> Con similar parecer Lorca Navarrete, Antonio María «La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia. Origen negocial del convenio arbitral. Clases y efectos. El origen de la institucionalización del arbitraje mediante convenio arbitral: la creación de tribunales y cortes arbitrales». San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010, pp. 2-3.

*partes*. Sin embargo, el artículo 14 del DLA establece también un ámbito de aplicación subjetivo *ultra partes* del convenio arbitral —y más amplio que el recogido por la previa LGA—,<sup>29</sup> al indicarnos que éste «se extiende a aquéllos 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» y «a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos». Lo cual nos deriva a la compleja figura de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.

## 6. ELEMENTOS NEGOCIALES DE CAPACIDAD

Dado que el DLA no realiza ninguna mención sobre la capacidad para formalizar un convenio arbitral, y teniendo en cuenta el carácter negocial de éste,<sup>30</sup> podemos tipificar sus elementos de capacidad en la exigencia de la *capacidad de goce*<sup>31</sup> y de *ejercicio*<sup>32</sup> del Código Civil.

Asimismo, la capacidad —de ejercicio— para suscribir un convenio arbitral posee una indiscutible funcionalidad justificante —someter a procedibilidad negocial la creación, regulación, modificación y extinción de relaciones jurídicas disponibles— que permite aludir a la legitimación

<sup>29</sup> Recordemos que el artículo 9 de la LGA nos señalaba que «el convenio arbitral **obliga a las partes y a sus sucesores** a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral». (Las negritas son nuestras).

<sup>30</sup> El cual como negocio jurídico —bilateral— requiere para su validez, acorde al artículo 140, inciso 1 del Código Civil, ser celebrado por agente capaz.

<sup>31</sup> Regulada en el artículo 3 del Código Civil, el cual nos señala que «**Toda persona tiene el goce de los derechos civiles**, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley». (Las negritas son nuestras).

<sup>32</sup> Prevista en el artículo 42 del Código Civil, cuyo tenor nos prescribe que «Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 (incapacidad absoluta) y 44 (incapacidad relativa)». (Lo señalado entre paréntesis es nuestro).

de quien lo suscribe.<sup>33</sup> Entendiéndose a esta última como la idoneidad de la persona capaz de suscribir un convenio arbitral en orden a obtener una solución procesal respecto de la relación jurídica y objeto litigioso del que afirma ser titular.

Obsérvese, pues, que la capacidad de ejercicio del sujeto para suscribir un convenio arbitral le legitima, por tanto, para poder acceder a la resolución procesal de la «controversia».

Por otra parte, la proyección negocial —del convenio arbitral— no ha rehuído su ubicación en el ámbito de la negociación privada, insertándose normalmente como una cláusula contractual más al interior del contrato. La cual, sin embargo, no será una cláusula negocial accesoría, dado que posee una autonomía conceptual y negocial distinta del contrato en que se contiene.<sup>34</sup> Siendo esto lo que justifica que el convenio arbitral no sea afectado por las causales de invalidez contractual y que, inclusive, se incorporen en su esfera de operatividad las «cuestiones controvertidas» que surjan tras la cesación del contrato.<sup>35</sup>

Finalmente, en relación a los sujetos que pueden suscribir el convenio arbitral, cabe señalar que son la persona natural y la persona

---

<sup>33</sup> Pudiéndose concluir de ello que el convenio arbitral es un negocio jurídico en el que el ámbito de capacidad del sujeto para suscribirlo se halla legitimado por la resolución de «cuestiones controvertidas» con un alcance sustantivo similar a los negocios jurídicos civiles, pero con la particularidad de que el negocio jurídico que tipifica, se encuentra enderezado a la resolución de «controversias» que justifica la procedibilidad negocial del mismo.

<sup>34</sup> Como bien lo prescribe el artículo 41, inciso 2, DLA, al señalarnos que «[...] La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste».

<sup>35</sup> Regla también recogida por el artículo 41, inciso 2, DLA, al indicarnos éste que «[...] En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral».

jurídica,<sup>36</sup> no pudiendo tampoco descartarse a los entes que no posean personalidad.<sup>37</sup>

## 7. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral tiene dos efectos fundamentales: el llamado efecto positivo que consiste en la obligación de las partes de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica, así como la obligación de cumplir la decisión de los árbitros, y el denominado efecto negativo que se traduce en la prohibición a los órganos de la jurisdicción estática de conocer tales cuestiones.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Si bien el tenor del artículo 13 DLA no se refiere directamente a «personas naturales o jurídicas», sino más bien —de modo general— a «las partes».

<sup>37</sup> Con tal parecer, CORDÓN, *ob. cit.*, pp. 63-64, nos señala que, a su parecer, «no deben existir obstáculos para admitir que estos entes puedan acudir al arbitraje, por lo menos cuando actúen a través de una persona a la que se confirió representación expresa [...]».

<sup>38</sup> Con tal parecer, FOUCHARD, Philippe, Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMAN. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. París: Litec, 1996, pp. 395 y ss.; de igual modo, CORDÓN, *ob. cit.*, p. 71, nos señala que «Distingue la ley una doble eficacia del convenio arbitral: la eficacia positiva, consistente en la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que surjan entre ellas a la decisión de uno o más árbitros, y la eficacia negativa, consecuencia de la anterior, consistente en la sustracción de la controversia en cuestión al conocimiento de los tribunales»; de modo similar, POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. «Comparative Law of International Arbitration». Londres: Sweet & Maxwell, 2007, p. 315, nos indican que «el principal efecto de un convenio arbitral es obligar a las partes a proceder a un arbitraje en orden a resolver sus controversias. Tradicionalmente, se distingue un aspecto positivo, que impone la jurisdicción del tribunal arbitral a las partes, de un aspecto negativo que prohíbe el recurso a las cortes»; con similar criterio, RUBINO-SAMMARTANO, *ob. cit.*, p. 250, nos señala que «el principal efecto del convenio arbitral es, generalmente, privar a las cortes de jurisdicción para decidir la controversia».

Según nuestro decreto legislativo que norma el arbitraje (DLA), el contenido del convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado —efecto positivo— y al mismo tiempo impide a juzgados y salas conocer de las controversias sometidas a arbitraje<sup>39</sup> siempre que la parte interesada invoque la existencia del convenio arbitral mediante excepción —efecto negativo—. <sup>40</sup>

Con la invocación del convenio arbitral como excepción, se reafirma la competencia de los árbitros y se acoge el «principio de competencia de la competencia» dirigido a evitar que las controversias sometidas a su «competencia» —la del árbitro se entiende— puedan ser sustanciadas a través de la competencia que pueda atribuirse a la jurisdicción estática, en base a que el árbitro posee competencia para decidir sobre la inexistencia, nulidad y caducidad del convenio arbitral. El resultado final que se logra es el propio de un efecto puramente cronológico, positivo y no jerárquico en orden a evitar que juzgados y salas asuman una

---

<sup>39</sup> Con igual parecer GONZÁLEZ MONTES, José Luis. «La excepción de arbitraje». En *La Ley*, 2 de mayo de 1990, p. 1160. Nos señala que «En términos generales puede decirse que el efecto negativo que se sigue del convenio arbitral supone una exclusión del ejercicio de la potestad jurisdiccional sobre el objeto del mismo y, desde ese punto de vista, he de convenir con un sector doctrinal, que se trata de una excepción que se relaciona con el objeto del proceso».

<sup>40</sup> Como se observa de lo dispuesto en los artículos 13, inciso 1, y 16, inciso 1 del DLA, los cuales nos señalan, respectivamente, que «El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes **deciden someter a arbitraje** todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza», y que «Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como **excepción de convenio arbitral**, aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje». (Las negritas son nuestras).

Asimismo, debemos concordar estas normas con los artículos 446, inciso 13 y 451, inciso 5 del Código Procesal Civil. Los cuales nos señalan, respectivamente, que «El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones: [...] 13. Convenio arbitral...», y que «Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce los efectos siguientes: [...] 5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso si se trata de las excepciones de [...] convenio arbitral».

competencia que con anterioridad las partes han excluido al suscribir el convenio arbitral, provocando sobre el régimen jurídico de los actos procesales tramitados ante los órganos jurisdiccionales, la nulidad de todos ellos.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> LORCA NAVARRETE, Antonio María y Carlos Alberto MATHEUS LÓPEZ. «Tratado de derecho de arbitraje». San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003, pp. 114-115.

**INFORME JURÍDICO PARA OPTAR POR EL  
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO  
Expediente Único**

*Sherin Limas Calderón\* \*\**

*A mi madre, que con su entereza y  
alegría es el mejor ejemplo de vida.*

«Entre la verdad absoluta de los dogmáticos y la  
renuncia a la verdad de los escépticos, hay un lugar  
para [...] razones a favor y en contra».

Nolberto Bobbio

Sumario: Introducción.— 1. Identificación de los hechos relevantes.— 1.1. Antecedentes.— 1.2. Del proceso arbitral.— 1.3. Del recurso de anulación de laudo.— 2. Identificación de los principales problemas jurídicos.— 2.1. Problemas principales materia de análisis.— 2.1.1. En materia de derecho administrativo. Contratación pública.— 2.1.2. En materia de derecho civil.— 2.1.3. En materia de derecho arbitral.— 2.2. Problemas secundarios materia de análisis.— 2.2.1. En materia de derecho administrativo. Contratación pública.— 2.2.2. En materia de derecho civil.— 2.2.3. En materia de derecho arbitral.— 3. Posición de la bachiller sobre los problemas jurídicos identificados.— 3.1. De los problemas jurídicos en materia de derecho administrativo.— 3.2. De los problemas jurídicos en materia de derecho

---

\* «Informe jurídico. Expediente Único». Tesis para optar por el título profesional de abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, agosto 2017.

\*\* Bachiller en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

civil.— 3.3. De los problemas jurídicos en materia de derecho arbitral.— 4. Posición de la bachiller sobre el modo como fueron resueltas las controversias.— 4.1. Respecto del laudo arbitral.— 4.2. Respecto de la sentencia de la Sala Comercial.— 5. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

La construcción de una obra pública vial, bajo la regulación de la normativa de contrataciones del Estado, se enmarca en un contexto controversial y polémico, no sólo porque existe la concurrente necesidad del cambio normativo, materializado en las últimas modificaciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento,<sup>1</sup> sino porque la misma ve su aplicación de forma reducida frente a la realidad, puesto que son numerosos los problemas en obra, y la regulación deviene en insuficiente (por vacíos e inconsistencias) y, muchas veces, hasta deficiente frente a ellos.

Asimismo, a nivel académico, en materia de contratación pública existe interrelación entre el derecho administrativo y el civil, quedando muchas veces el primero soslayado en cuanto a su aplicación en la solución de las controversias. Un claro ejemplo, es el hecho de que ya no se pide la nulidad de las resoluciones «administrativas» emitidas por las entidades que declaran derechos en la ejecución de contratos públicos. Ello ha dado paso a que sea el derecho civil el que cobre mayor preponderancia en la solución legal de las controversias en materia de contratación pública, a través de los principios del derecho civil y, específicamente, de los contratos; situación que se yuxtapone a la prelación de norma pública sobre la privada.

---

<sup>1</sup> Teniendo como la vigente a la fecha, la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo n.º 350-2015-EF y su modificación efectuada mediante Decreto Legislativo n.º 1341, así como su reglamento.

La temática también se enriquece porque las controversias se desarrollan en procesos arbitrales, lo que incrementa la diversidad de la discusión jurídica, dado que el derecho arbitral contiene particularidades propias que lo hacen independiente de otras ramas del derecho.

El presente caso se centra en determinar la procedencia de ampliaciones de plazo, tramitadas en la ejecución de una obra pública vial —ampliaciones de plazo n.ºs 27, 31 y 36— las cuales se solicitaron en función a la causal establecida en el numeral 1 del artículo 201 del Reglamento de Contrataciones del Estado («causas no atribuibles al contratista»).

Durante el desarrollo del proceso, aconteció un nuevo hecho que para una de las partes resultaba fundamental a efectos de la resolución final del caso, el mismo que radicaba en que el contratista finalizó la ejecución de la obra dentro del plazo contractual, por lo que para la parte demandada, este acontecimiento permite denegar cualquier ampliación de plazo, puesto que ya no sería «necesaria», porque la obra había concluido. Esto, según indicó la demandada, por una remisión directa a la aplicación del artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El presente informe tiene por objeto analizar y apreciar cuál ha sido el razonamiento del tribunal arbitral, no sólo respecto a la interpretación del artículo 201 del Reglamento de Contrataciones del Estado,<sup>2</sup> sino sobre la evaluación íntegra del laudo, de cada una de las pretensiones planteadas por la parte demandante. Ello nos permitirá desarrollar conceptos de teoría del riesgo, a efectos de identificar la distribución de los mismos en el contrato, el que a su vez ayuda a determinar qué causas son atribuibles a cada parte, entre otros conceptos que se desarrollan en

---

<sup>2</sup> Debe precisarse que para el presente caso, la normativa en contratación pública aplicable es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo n.º 1071 (en adelante, LCE), y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF (en adelante, RLCE).

el presente informe, con la finalidad de que se pueda advertir el panorama de los contratos de obra pública vial en nuestro país.

Asimismo, se desarrollará la temática de los laudos parciales, dado que en el expediente la parte demandada formuló, de manera reiterada un pedido de laudo parcial que, a su entender, permitiría resolver la controversia de las ampliaciones de plazo n.ºs 27 y 36; alegando la parte contraria, que el pedido de laudo parcial carecía de objeto en la medida en que la forma como fue solicitado, escapaba de la materia controvertida que se instauró con el proceso. Como se aprecia, se trata de una problemática muy interesante y poco comentada en el medio arbitral peruano.

Además de la problemática descrita, otro tema a tratar es la constante necesidad de controlar mejor los laudos emitidos en materia de contratación pública. Como se puede apreciar, la intención del legislador es establecer nuevas causales de anulación de laudo en contratación pública, como la de «orden público», «prelación» y otras; que serán analizadas respecto a su procedencia en el expediente objeto del presente informe jurídico.

Por último, tomaremos posición respecto a cómo fue resuelto el laudo por el tribunal arbitral, así como también respecto a cómo fue resuelto el recurso de anulación de laudo en sede judicial por la Primera Sala Superior Civil Comercial.

Sherin Limas

## PRIMERA PARTE

### 1. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

Según Marcial Rubio,<sup>3</sup> existen dos tipos de hechos a considerar para efectos del presente informe: hechos de fondo y hechos procesales. Los primeros surgen a partir del litigio entre las partes, mientras que los segundos se desarrollan a lo largo de la implementación del proceso.

La identificación de los referidos hechos se basará en el contenido de las resoluciones decisorias del expediente: el laudo<sup>4</sup> y la sentencia de la Primera Sala Civil,<sup>5</sup> las mismas que se expidieron en el proceso arbitral y en el proceso de anulación seguido en sede judicial, respectivamente.

A continuación, se procederá a detallar los hechos relevantes del presente caso de manera ordenada y cronológica:

#### *1.1. Antecedentes*

Con fecha 5 de mayo de 2010, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional del Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante, Provías o la entidad indistintamente), suscribió el Contrato de Obra n.º 095-2010-MTC/20 con la empresa Obrascon Huarte Lain S.A (en adelante, el contratista), para la ejecución de la obra «Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Ayacucho-Abancay, Tramo IV: Km. 154+000-Km. 210+000», por un monto total de S/ 119'984,688.59, incluido el IGV, con un plazo de ejecución de 510 días calendario.

<sup>3</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, 10.ª edición, p. 338.

<sup>4</sup> Laudo arbitral de fecha 7 de mayo de 2013, emitido por unanimidad por los abogados Lourdes Flores Nano, Mario Castillo Freyre y Randol Campos Flores.

<sup>5</sup> Resolución n.º 8 de fecha 16 de diciembre de 2013, de la Primera Sala Superior Civil Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En la etapa de ejecución contractual, se gestaron diversas circunstancias que ameritaron la tramitación de adicionales de obra. Con fecha 18 de abril de 2011, mediante Resolución Ministerial n.º 282-2011-MTC/02, se aprobó el Adicional n.º 9 por la suma de S/ 53,555.53, monto que representaba una incidencia acumulada de 14.30% del monto contractual.

Al tramitar la aprobación del Adicional n.º 10, la entidad aprobó el mismo, mediante Resolución Ministerial n.º 291-2011-MTC/02, de fecha 20 de abril de 2011, por un monto de S/ 13'891,600.40. Sin embargo, siendo que la incidencia acumulada con él resultaba 25.98% (cifra superior al 15% del monto contractual), fue trasladado ante la Contraloría General de la República para su autorización respectiva, previo a su ejecución y pago.

A su vez, la Contraloría, mediante Resolución de Gerencia Central n.º 00021-2011-CG/GCE, de fecha 7 de junio de 2011, desestimó la autorización del Presupuesto Adicional de Obra n.º 10. Respecto de ello, con fecha 30 de junio de 2011, la entidad presentó a la Contraloría el recurso de apelación respectivo con relación a la aprobación del mencionado adicional. La Contraloría estimó en parte el recurso de apelación presentado y autoriza la ejecución del Presupuesto Adicional de Obra n.º 10 hasta por la suma de S/ 8'989,510.70, incluido el IGV, mediante Resolución de Contraloría n.º 213-2011-CG, de fecha 15 de agosto de 2011.

Producto de ello, mediante Carta n.º 770-2011-O-OHL-CAA-TIV, de fecha 29 de agosto de 2011, el Contratista presentó al Supervisor la solicitud de ampliación de plazo n.º 27 por 119 días calendario, bajo la causal *atrasos y paralizaciones por causas no atribuibles al contratista* por la espera de la autorización de la Contraloría para aprobar el adicional de obra n.º 10. Dicha solicitud fue denegada por la entidad, mediante Resolución Viceministerial n.º 415-2011-MTC/02, de fecha 15 de agosto de 2011.

Durante la ejecución contractual, se llevó a cabo la Competencia Automovilística XLI Edición del Gran Premio Nacional de Carreteras Caminos del Inca 2011, realizada el 28 de septiembre de 2011; evento que —según señaló el contratista— afectó los trabajos de ejecución en la ruta crítica.

Frente a ello, con Carta n.º 862-2011-O-OHL-CAA-TIV, de fecha 13 de octubre de 2011, el Contratista presenta la solicitud de ampliación de plazo n.º 31 por un día calendario, bajo la causal *atrasos y paralizaciones por causas no atribuibles al contratista*, por la imposibilidad de ejecutar lo programado el día 28 de septiembre de 2011. Dicha solicitud fue denegada por la entidad, mediante Resolución Viceministerial n.º 576-2011-MTC/02, de fecha 28 de octubre de 2011.

Simultáneamente, se tramitó la aprobación de otro adicional: con fecha 28 de octubre de 2011, mediante Resolución Ministerial n.º 771-2011-MTC/02, la entidad aprobó el Presupuesto Adicional de Obra n.º 12, por un monto de S/ 1'889,397.76 incluido IGV, el mismo que fue tramitado ante la Contraloría General de la República para su autorización respectiva previo a su ejecución y pago.

Frente a ello, con Carta n.º 933-2011-O-OHL-CAA-TIV, de fecha 18 de noviembre de 2011, el contratista presenta la solicitud de ampliación de plazo n.º 36 por seis días calendario, señalando que es consecuencia de la notificación tardía de la Resolución Ministerial n.º 771-2011-MTC/02, la cual aprueba el adicional n.º 12. Esta solicitud, también fue denegada por la entidad, mediante Resolución Viceministerial n.º 716-2011-MTC/02, de fecha 1 de diciembre de 2011.

Mediante Resolución de Gerencia Central n.º 010-2012-CG/GOPE, de fecha 15 de diciembre de 2011, la Contraloría General de la República desestima la autorización del Presupuesto Adicional de Obra n.º 12. Frente a ello, la entidad presenta recurso de apelación y la Contraloría estima en parte el mencionado recurso, autorizando la ejecu-

ción del Presupuesto Adicional de Obra n.º 12 hasta por la suma de S/ 1'735,782.56, incluido el IGV, mediante Resolución de Contraloría n.º 068-2012-CG, de fecha 20 de febrero de 2012.

### ***1.2. Del proceso arbitral***

Con fecha 4 de abril de 2012, el contratista interpuso demanda arbitral contra la entidad, reclamando el reconocimiento de las ampliaciones de plazo n.º 27, 119 días calendario (en adelante, «dc»), bajo la causal «Atrasos y paralizaciones por causas no atribuibles al Contratista», por la espera de la autorización de la Contraloría para aprobar el adicional de obra n.º 10, la n.º 31 —un dc, bajo la misma causal que la precedente, por la imposibilidad de ejecutar lo programado el día 28 de septiembre de 2016, debido a la realización de la «XLI Edición del Gran Premio Nacional de Carreteras Caminos del Inca 2011 Emilio Bellido»; y la n.º 36, seis dc, bajo la misma causal que las precedentes, por la demora en la notificación de la resolución que aprobó la prestación adicional n.º 12 por parte de la entidad. Asimismo, solicito el reconocimiento de los gastos generales derivados de las ampliaciones controvertidas en este proceso arbitral; y, finalmente, el pago de costas, costos y gastos del proceso. Los medios probatorios presentados son de tipo documental y uno pericial, el mismo que sólo fue enunciado y no presentado efectivamente con la demanda.

Con fecha 7 de mayo de 2012, la entidad contestó la demanda, señalando sobre la controvertida ampliación de plazo n.º 27: «que se cumplió con realizar el trámite del presupuesto adicional de obra n.º 10 dentro del plazo de ley y conforme lo establecen el Contrato de Ejecución de Obra n.º 095-2010-MTC/20 y la Directiva n.º 002-2010-CG/OEA, siendo que la autorización previa de la Contraloría General de la República, es una disposición legal». Sobre la ampliación de plazo n.º 31, indicó que la Competencia Automovilística Caminos del Inca, es un evento que se realiza anualmente, por lo que fue previsible y que no se enmarca en la causal de «Atrasos y/o paralizaciones por causas no atri-

buibles al Contratista». En torno a la ampliación de plazo n.º 36, señaló que la demora en la notificación al contratista no afectó la ejecución de los trabajos previstos, porque el contratista no podía ejecutar ningún trabajo del Presupuesto Adicional de Obra n.º 12 sin la autorización previa de la Contraloría General de la República.

Respecto a las pretensiones de reconocimiento de gastos generales, indicó que devienen en infundadas, porque las ampliaciones de plazo son improcedentes. Asimismo, la entidad solicitó la emisión de un laudo parcial respecto a la responsabilidad de la entidad en tramitar los presupuestos adicionales y, finalmente, se opuso al ofrecimiento del medio probatorio de la pericia de parte ofrecida por el contratista.

Frente a ello, con fecha 23 de mayo de 2012, el contratista absuelve el pedido de emisión de laudo parcial, señalando que la materia controvertida en el proceso arbitral no es la determinación de responsabilidades administrativas internas entre la Contraloría General de la República y la entidad demandada. Además, señala que el pedido de oposición a la pericia de parte carece de sustento, dado que las partes tienen el derecho de anunciar o señalar los medios probatorios que se ofrecen en la demanda, y presentarlos en el curso del proceso arbitral.

Mediante escrito de fecha 22 de junio de 2012, la entidad solicita que el tribunal arbitral se pronuncie sobre el pedido de oposición a la pericia de parte. Arguye, adicionalmente, que se ha cambiado el objeto de la pericia, siendo que cuando se ofreció —en la demanda— su finalidad era la de verificar la afectación de los trabajos de la ruta crítica y cuando lo presentó —en escrito posterior— se indica que la pericia es sobre la cuantificación de las acotadas afectaciones. Asimismo, señaló que la solicitud de laudo parcial se centra en que se determine si la entidad tuvo o no responsabilidad en la supuesta demora en la tramitación del presupuesto adicional.

El contratista indica que la pericia de parte fue presentada en observancia a las reglas del Acta de Instalación; asimismo, indicó que Provías debió presentar su pedido de rechazo como uno de tacha u oposición, dado que éstos son los recursos idóneos para cuestionar los medios probatorios. Finalmente, el contratista señala que Provías formula observaciones a la pericia y eso no configura una tacha u oposición y solicita que el pedido sea desestimado.

Con fecha 16 de agosto de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en la cual se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por las partes en la demanda y en la contestación de demanda.

En el transcurso del proceso arbitral, con fecha 16 de octubre de 2012, la entidad presentó un nuevo medio probatorio para que se declare la improcedencia de las ampliaciones de plazo controvertidas. Se trata del asiento de cuaderno de obra n.º 2377, mediante el cual el contratista informó que ya culminó con los trabajos de la obra, por lo que se confirma que ya no se cumple con el requisito del artículo 201 del Reglamento, que señala que se debe considerar que el plazo sea el necesario para culminar la obra.

Con respecto al escrito descrito en el numeral anterior, el contratista, mediante escrito de fecha 30 de octubre de 2012, se reserva el derecho de pronunciarse respecto del nuevo medio probatorio presentado por la entidad, pronunciamiento que se realizará en el escrito de alegatos.

Al respecto, mediante Resolución n.º 26, de fecha 12 de noviembre de 2012, el tribunal arbitral resolvió tener presente la reserva de pronunciamiento.

Frente a ello, la entidad presentó el recurso de reconsideración contra la Resolución n.º 26, pues considera que el hecho de que el contratista no se pronuncie, vulnera su derecho de contradicción. Dicho recurso fue

desestimado por el tribunal arbitral, dado que el traslado conferido al contratista sobre los medios probatorios, se hizo con objeto de que se presenten tachas u oposiciones, es decir, para temas de forma y no de fondo.

Con fecha 14 de noviembre de 2012, la entidad presentó las valorizaciones del contrato principal y de los adicionales de obra n.ºs 2, 3 y 6, correspondientes a los meses de abril a agosto del 2011, en calidad de nuevos medios probatorios. Al respecto, el contratista presentó oposición a las mismas, debido a que no son hechos nuevos y tuvo que haberlos presentado en su contestación de demanda. Además, el contratista señala que esos documentos no tienen relación con la materia controvertida. Finalmente, el tribunal arbitral resolvió (en la resolución n.º 35, de fecha 29 de enero de 2013) declarar fundada la oposición del contratista, argumentando que Provías no ha demostrado que estos nuevos medios probatorios se relacionen a un hecho nuevo y que, además, no fueron presentados con oportunidad.

La audiencia de Informes Orales se llevó a cabo el 25 de febrero de 2013, y en ella las partes hicieron el uso de la palabra y se fijó el plazo para laudar.

Con fecha 7 de mayo de 2013, el tribunal arbitral emitió un laudo arbitral por unanimidad, resolviendo declarar fundada —en parte— la primera pretensión, que declara el derecho a la Ampliación de plazo n.º 27 por treinticinco de los 119 días calendario solicitados, plazo que se computa desde la formulación de la apelación ante la Contraloría y porque se demostró que sí hubo una afectación de la ruta crítica en cuarenta días, a los que se descontó las superposiciones de las ampliaciones de plazo anteriormente aprobadas.

Asimismo, declara improcedente la primera pretensión subordinada a la primera pretensión; fundada —en parte— la segunda pretensión, mediante la que se ordena el pago de los mayores gastos generales por treinticinco días calendario; infundada la tercera pretensión, debido

a que el contratista no demostró la afectación a la ruta crítica; señalándose que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la pretensión subordinada a la tercera pretensión. Se declara infundada la cuarta pretensión, debido a que el contratista no demostró la afectación a la ruta crítica; infundada la quinta pretensión, careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre la pretensión subordinada a la quinta pretensión; infundada la sexta pretensión; fundada —en parte— la pretensión accesoria a la segunda pretensión, ordenando el pago de los intereses legales a tasa legal, devengados desde el 12 de abril de 2012 (que fue la fecha en que se intimó en mora a Provías), hasta la fecha efectiva del pago, ordenando que cada una de las partes asuma el pago de costos y costas del proceso arbitral en partes proporcionales.

Con fecha 22 de mayo de 2013, el contratista presentó recurso de integración contra el laudo arbitral, en el extremo para que se señale la cantidad líquida de dinero que corresponde pagar por concepto de mayores gastos reconocidos de la ampliación de plazo n.º 27, monto que asciende a S/ 958,029.10. A su vez, el 23 de mayo de 2013, la entidad presentó los recursos de interpretación, integración y exclusión contra el laudo arbitral, para efectos de que el colegiado dé las razones por las que tuvo una motivación insuficiente e incongruente, en el sentido de que no tuvo en cuenta el hecho de que la obra se haya culminado sin la necesidad de la ampliación de plazo n.º 27, controvertida en el proceso arbitral.

Mediante Resolución n.º 49, de fecha 11 de julio de 2013, el tribunal arbitral resuelve los recursos contra el laudo, declarando fundado el recurso de integración presentado por el contratista e infundados todos los recursos contra el laudo presentados por la entidad.

### ***1.3. Del recurso de anulación de laudo***

Con fecha 14 de agosto de 2013, la entidad interpuso demanda de anulación de laudo arbitral contra las Resoluciones n.ºs 48 y 49, arguyendo que el laudo arbitral dictado por unanimidad, ha inaplicado una norma

de orden público: artículo 201 del RLCE, por lo que incurrió en la causal de anulación por la vulneración del derecho a la debida motivación.

Al respecto, la Primera Sala Civil de la Corte Superior declaró inadmisibile la demanda de anulación presentada, faltando adjuntar los requisitos para su procedencia, que son el convenio arbitral del contrato y la demanda arbitral del contratista.

Con fecha 25 de octubre de 2013, el contratista absuelve el traslado conferido por la Sala Comercial y contesta la demanda de anulación de laudo incoada por Provías, señalando que no se ha acreditado la configuración de alguna causal que justifique la procedencia del recurso de anulación y que, por el contrario, se pretende cuestionar el fondo de la controversia laudada por el tribunal arbitral.

Finalmente, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial, mediante Resolución n.º 8, de fecha 16 de diciembre de 2013, resolvió declarar infundada la demanda de anulación de laudo, en vista de que para la Sala, el artículo 52.3 de la Ley de Contrataciones del Estado no configura una causal de anulación de laudo. Además, señaló que la entidad no argumentó la prelación normativa en el decurso del proceso arbitral, que arguye en sede judicial, por lo que no se configura una causal de anulación.

## SEGUNDA PARTE

### 1. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS

Según Marcial Rubio,<sup>6</sup> al igual que en el caso de la identificación de hechos, los problemas se dividen en problemas principales y secundarios. Los primeros son los problemas eje en torno al presente procedimiento, y de los cuales se desarrollan otros problemas: los secundarios y son de gran relevancia para resolver el caso y sentar la posición integral del graduando. Mientras que los segundos, se basan en los aspectos de forma que se han empleado tanto en el proceso arbitral como en el judicial.

A continuación, plantaremos los problemas que se presentan en el caso, en materia de derecho administrativo, con especial énfasis en la contratación pública.

#### *2.1. Problemas principales y secundarios*

##### *2.1.1. En materia de derecho administrativo especializado en contratación pública*

###### ➤ **Principal I**

Determinar si resulta o no una causa atribuible al contratista, los efectos sobre la ruta crítica por el cumplimiento de los plazos legales para la tramitación de presupuestos adicionales.

###### **Secundario I**

¿Cómo se reguló la tramitación de los adicionales de obra?

---

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 340.

¿El plazo legal para la tramitación de los presupuestos adicionales configura un riesgo asumido por el contratista?

¿Existió demora en la tramitación del presupuesto adicional n.º 12?

➤ **Principal II**

Determinar si el extremo «que el plazo adicional resulte necesario para culminación de la obra» del artículo 201 del RLCE, debe ser entendido o no como un requisito de procedencia de ampliación de plazo.

**Secundario II**

¿Cuáles son los requisitos de procedencia para otorgar una ampliación de plazo?

¿Se debe evaluar la procedencia de la ampliación en el tiempo en que se tramita la solicitud de ampliación de plazo, esto es, con el calendario de obra vigente?

¿Debe entenderse que la culminación de la obra en el plazo inicial o vigente *per se* anula la procedencia de una ampliación de plazo en trámite?

*2.1.2. En materia de derecho civil*

➤ **Principal III**

Determinar desde cuándo se computa en el laudo el interés moratorio de la obligación dineraria reclamada.

**Secundario III**

¿Cuándo surge la obligación de pagar los mayores gastos generales variables?

¿Las pretensiones se reclamaron antes del inicio del proceso arbitral?

¿Cuándo se efectuó la intimación en mora?

### *2.1.3. En materia de derecho arbitral*

#### ➤ **Principal IV**

Determinar si corresponde o no emitir un laudo parcial en los términos solicitados por la parte demandada.

#### **Secundario IV**

¿El laudo parcial puede ser emitido de oficio o sólo a pedido de parte?

¿Un laudo parcial siempre debe circunscribirse a la materia controvertida?

¿Determinar si es materia arbitrable el hecho de evaluar si hubo o no responsabilidad administrativa en la tramitación del adicional?

#### ➤ **Principal V**

Determinar si el laudo emitido por el tribunal arbitral ha incurrido en las causales denunciadas en el recurso de anulación planteado por la entidad.

#### **Secundario V**

¿Las causales de anulación de laudo reguladas en el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, son de carácter taxativo, esto es, *numerus clausus*?

¿La décimo segunda disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071 y el artículo 52.3 de la LCE<sup>7</sup> regulan nuevas causales de anulación de laudo?

---

<sup>7</sup> Se precisa que la Ley de Contrataciones del Estado a la que se hace referencia, es el Decreto Legislativo n.º 1017, modificado por la Ley n.º 29873, vigente desde el 1 de junio de 2012.

## TERCERA PARTE

### 3. POSICIÓN DE LA BACHILLER SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

#### 3.1. *De los problemas jurídicos en materia de derecho administrativo. Contratación pública*

#### Primer problema jurídico en materia de derecho administrativo. Contratación pública

- **PRINCIPAL I:** Determinar si resulta o no una causa atribuible al contratista, los efectos sobre la ruta crítica por el cumplimiento de los plazos legales para la tramitación de presupuestos adicionales.
- SECUNDARIO I:**
- ¿Cómo se reguló la tramitación de los adicionales de obra?
  - ¿El plazo legal para la tramitación de los presupuestos adicionales configura un riesgo asumido por el contratista?
  - ¿Existió demora en la tramitación del presupuesto adición N° 12?

Como ya se indicó en la primera parte del presente informe, los hechos que generaron la controversia derivan de las solicitudes de ampliación de plazo tramitadas por el contratista. El problema específicamente refiere a la solicitud de ampliación de plazo n.º 27.

La ampliación de plazo n.º 27 fue solicitada bajo la causal de *atrasos y paralizaciones por causas no atribuibles al contratista*, causal que se encuentra regulada por el numeral 1 del artículo 200 del RLCE. Ello, debido a que se alegó que la demora en la aprobación del adicional de obra, ocasionó que el contratista requiera de la ampliación de plazo.

Sobre el particular, se constató que la solicitud de ampliación de plazo n.º 27 se generó por la alegada demora en la aprobación del presupuesto adicional n.º 10; debiéndose resaltar que este adicional también

fue tramitado ante la CGR, dado que ya se superaba el 15% del monto del contrato principal.

Ahora bien, y sin perjuicio de que el análisis de cómo las partes regularon la procedencia de ampliaciones de plazo será desarrollado en el problema jurídico II, se precisa que aquí se evalúa específicamente la configuración de la «causa no atribuible al contratista».

De forma preliminar se debe evaluar (i) cómo se reguló la tramitación de los adicionales; (ii) si el plazo legal de la tramitación de los presupuestos adicionales configura un riesgo asumido por el contratista; (iii) si existió una demora en la tramitación del presupuesto adicional de obra n.º 10; y, finalmente, si en el caso en particular, este hecho resulta o no una causa atribuible al contratista.

### (i) Regulación del trámite de la aprobación de los presupuestos adicionales que superan el 15% del contrato principal

En materia de contratación pública, la regulación de la tramitación de adicionales viene dispuesta por la LCE, en su artículo 41, que a la letra señala lo siguiente:

**Artículo 41.-Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones**  
(...)

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago. La Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

(...)

El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 40º de la presente norma.

**Concordancias:** RLCE: Artículos 174º, 175º, 207º, 208º.

Como se aprecia, el artículo establece parámetros respecto a la aprobación de adicionales de obra:

<b>Prestaciones adicionales en obra</b>	
Hasta el 15% adicional respecto del monto contractual inicial.	La entidad contratante podrá autorizar y pagar dichas prestaciones adicionales.
Desde que excede el 15% hasta un máximo del 50% del monto contractual inicial.	Adicionalmente, estas prestaciones adicionales deberán contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República, la misma que dispone de quince días calendario para emitir su pronunciamiento.

A su vez, el RLCE (artículo 208) regula, entre otras cosas, desde cuándo se computa el plazo para que se cuente con la autorización de la Contraloría, la misma que debe estar motivada.

También se establece la posibilidad de que el órgano de control requiera de información complementaria, lo cual tiene un efecto directo en el plazo del que dispone para pronunciarse, el cual se interrumpe hasta el día siguiente de que la entidad contratante presente toda la documentación, tal como se aprecia seguidamente:

<p><b>Artículo 208 - Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15%)</b></p> <p>Las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República.</p> <p>En el caso de adicionales con carácter de emergencia la autorización de la Contraloría General de la República se emitirá previa al pago.</p> <p>La Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual deberá ser motivado en todos los casos. El referido plazo se computará a partir del día siguiente que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente. Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría General de la República, la Entidad está autorizada para disponer la ejecución y/o pago de prestaciones adicionales de obra por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior.</p> <p>De requerirse información complementaria, la Contraloría General de la República hará conocer a la Entidad este requerimiento, en una sola oportunidad, a más tardar al quinto día hábil contado desde que se inició el plazo a que se refiere el párrafo precedente, más el término de la distancia.</p> <p>La Entidad cuenta con cinco (5) días hábiles para cumplir con el requerimiento. En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la Entidad a la Contraloría General de la República.</p> <p>El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales.</p> <p>Cuando se apruebe la prestación adicional de obras, el contratista estará obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento.</p> <p>Las prestaciones adicionales de obra no podrán superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que superen este límite se procederá a la resolución del contrato, no siendo aplicable el último párrafo del artículo 209°, debiéndose convocar a un nuevo proceso por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista.</p> <p><b>Concordancia:</b> LCE: Artículo 41°.</p>
---

De manera preliminar al análisis de lo que se reguló sobre la tramitación y aprobación de adicionales en el contrato de obra, se advierte lo siguiente:

- Primero. Llama la atención que el artículo 41 de la LCE, que versa sobre la aprobación de los presupuestos adicionales, regule en el sexto párrafo la posibilidad de que el contratista solicite una ampliación de plazo por atrasos y paralizaciones ajenos a su voluntad, debidamente comprobados y que, adicionalmente modifiquen el cronograma contractual.
- Segundo. La tramitación y aprobación está sujeta a la potestad de aprobar o denegar que tienen la entidad y la Contraloría, la misma que conlleva un plazo determinado.

Prosiguiendo con el análisis, en la cláusula quinta de las cláusulas adicionales del contrato de obra, se pactó respecto a los adicionales superiores al 15%, lo siguiente:

CLÁUSULA QUINTA: DE LAS OBRAS ADICIONALES Y OBRAS NUEVAS	
(...)	
5.2	Las Obras Adicionales cuyos montos restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince (15%) del monto del Contrato Original, luego de ser aprobados por el Titular de la Entidad (máxima autoridad administrativa), requieren previamente para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República, tal como lo dispone el Artículo 208° de EL REGLAMENTO, acorde a lo establecido en la Única Disposición Complementaria Modificatoria de LA LEY.  Excepcionalmente, en el caso de presentarse obras adicionales que por su carácter de emergencia, su no ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma Obra, la autorización previa de la Entidad podrá realizarse mediante comunicación escrita a fin de que EL INSPECTOR o EL SUPERVISOR pueda autorizar la ejecución de tales obras adicionales, sin perjuicio, de la verificación que realizará PROVIAS NACIONAL, previo a la emisión de la Resolución correspondiente, sin la cual no podrá efectuarse pago alguno.  Los Adicionales de Obra con carácter de emergencia, cuyos montos, restándoles los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15%) del monto del Contrato Original, la autorización de la Contraloría General de la República se emitirá previa al pago, conforme procedimiento señalado en el Artículo 208° de EL REGLAMENTO.
5.3	El concepto, trámite y pago de las Obras Adicionales está normado en los "Lineamientos para cautelar el adecuado procedimiento para el control previo al pago de Presupuestos Adicionales de Obras", a que se contrae la Directiva N° 01-2007-CG/OEA, Autorización Previa a la Ejecución y al Pago de Presupuestos Adicionales de Obra, aprobada por Resolución de Contraloría N° 369-2007-CG de fecha 01.11.2007 y lo establecido en el Artículo 41° de LA LEY y en los Artículos 207° y 208° de EL REGLAMENTO.
5.4	El presupuesto de cualquier Obra Adicional o cambio, deberá ser determinado de acuerdo a los Precios Unitarios del Contrato; y, de no existir, se pactarán de mutuo acuerdo. En el Presupuesto Adicional se tendrá en cuenta lo previsto en el Artículo 207° de EL REGLAMENTO.
5.5	Cuando se acuerbe el Adicional de Obra, EL CONTRATISTA estará obligado a ampliar el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato.
5.6	Los Adicionales de LA OBRA no podrán superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del Contrato de Ejecución de Obra original. En caso que superen este límite se procederá a la resolución del Contrato.

En esta cláusula, de manera principal, se regula el concepto, pago y trámite de las prestaciones adicionales; y, como se observa, hace remisión a la Directiva n.º 01-2007-CG/OEA, aprobada por Resolución de Contraloría n.º 369-2007-CG «Lineamientos para cautelar el adecuado procedimiento para el control previo al pago de Presupuestos Adicionales de Obra».

Se debe precisar que la Directiva n.º 01-2007-CG/OEA, fue dejada sin efecto por la IX Disposición Complementaria Derogatoria de la Directiva n.º 002-2010-CG/OEA (en adelante, la «directiva»), aprobada por la Resolución de Contraloría n.º 196-2010-CG; por lo que al momento del surgimiento de la controversia, la autorización y la tramitación de prestaciones adicionales está regulada por esta última directiva.

Respecto a los plazos que toma el trámite de aprobación en la Contraloría, la directiva regula el supuesto en que el pronunciamiento sea negativo y la entidad contratante requiera presentar un recurso de apelación, como se aprecia seguidamente:

**LA CONTRALORÍA**  
GENERAL DE LA REPÚBLICA

**DIRECTIVA N.º 002-2010-CG/OEA**  
**CONTROL PREVIO EXTERNO DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES DE OBRA**

**20. Recurso Administrativo.**

20.1 Contra la resolución emitida por la CGR respecto a la solicitud de autorización previa de la prestación adicional de obra, la entidad puede interponer únicamente el recurso de apelación.

20.2 El plazo para la interposición de dicho recurso es de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación de la resolución que resolvió la solicitud de autorización previa de la prestación adicional de obra, pudiendo la entidad presentar información adicional que permita ampliar y/o reforzar los fundamentos de su pretensión.

20.3 El recurso será resuelto por la CGR, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la interposición del mismo, agotándose con ello la vía administrativa; vencido dicho plazo sin emitirse pronunciamiento de la CGR operará el silencio administrativo negativo.

20.4 En lo no previsto, serán de aplicación supletoria las normas y principios de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, siempre que sean compatibles con las normas y principios que regulan el control gubernamental establecidos en la Constitución Política del Perú, la legislación de la materia y la normativa emitida por la CGR

En resumen, la aprobación de prestaciones adicionales superiores al 15% tiene este trámite:

<b>Etapas en la aprobación del Adicional superior al 15%</b>	<b>Plazo máximo legal</b>
Anotación en el cuaderno de obra de la necesidad del Adicional	Día 0
Presentación del expediente del presupuesto adicional del contratista al Supervisor	10 dc
Remisión del expediente del adicional de la Supervisión a la entidad	10 dc
Aprobación del adicional por parte de la entidad	10 dc
Remisión de la entidad a la Contraloría	5 dh
La Contraloría para emitir su pronunciamiento. (Posibilidad de un requerimiento de información complementaria)	15 dh* *Plazo que se puede interrumpir 5 dh
Recurso de apelación por parte de la entidad	15 dh
Pronunciamiento final de la Contraloría	30 dh

En el mejor de los supuestos, la autorización de los adicionales superiores al 15% del contrato principal, tomaría un plazo de 121 dc, aproximadamente, teniendo en consideración que al plazo hábil se le incrementó dos dc cada cinco días hábiles (en adelante, dh), por lo que podemos llegar a la conclusión de que, tanto el contratista como la entidad, tuvieron conocimiento del mismo.

**(ii) Si el plazo legal de la tramitación de los presupuestos adicionales configura un riesgo asumido por el contratista**

Como se pudo apreciar en el desarrollo de los hechos, lo alegado por la entidad giró en torno a que el contratista tenía pleno conocimiento del plazo que tomaría la aprobación de un adicional superior al 15%, por

lo que en su consideración, al no haber retraso por parte de la entidad en la tramitación, la demora en la aprobación no configura una causa no atribuible al contratista.

Además, la entidad agrega que el contratista debió tener en consideración el plazo anterior, para anotar la necesidad del adicional con la anticipación necesaria, de tal forma que evite que la tramitación afecte su ruta crítica.

Sobre el particular, la determinación de qué configura una causa atribuible a cualquiera de las partes se enmarca en la gestión de riesgos en los documentos contractuales.

Los contratos son esquemas de distribución de riesgos entre las partes. Como bien indica Haro, «el simple análisis de cualquier contrato permite descubrir cuáles son los riesgos a los que las partes han prestado atención y cómo los han distribuido entre ellas».<sup>8</sup>

Ello resulta relevante, respecto a la determinación de la causa atribuible, ya que la distribución de riesgos efectuada por las partes será un factor a evaluar para determinar si un hecho que perjudique el cumplimiento contractual, deba ser soportado por una o ambas partes.

En el caso materia de este informe, se deberá comprobar si una tramitación ordinaria; es decir, en la que se cumpla los plazos preestablecidos para la aprobación de un adicional superior al 15%, y que además afecta la ruta crítica, deba ser soportado por una de las partes o por ambas.

De la lectura de los artículos estudiados en el ítem anterior, de la Directiva n.º 002-2010-CG/OEA y del propio contrato, se aprecia que las partes regularon la posibilidad de que en la ejecución contractual pue-

---

<sup>8</sup> HARO SEIJAS, José. «¿*Periculum est dubitabilis*? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada». En *Thémis*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 49, p. 203.

da nacer la necesidad de obras adicionales, que incrementen el monto contractual, para lo cual se fijaron procedimientos de aprobación (para cuando el monto sea menor al 15% de la incidencia acumulada del contrato y cuando supere este porcentaje), los que contienen plazos e instancias que deberán ser acatados y soportados por ambas partes, siendo esto a lo que se comprometieron a la hora de suscribir el contrato.

Entonces, queda claro que a ambas partes (entidad y contratista) les corresponde atender y soportar el procedimiento de aprobación de adicionales de obra; en este caso, específicamente el que se instaura cuando se está frente a uno que supere el 15% de la incidencia acumulada del contrato.

Ahora bien, frente a un supuesto de afectación de la ruta crítica provocado por la propia tramitación del adicional, surge la interrogante relativa a si esta afectación puede dar derecho a que el contratista solicite una ampliación de plazo.

De una primera lectura e interpretación de lo regulado por las partes, se entendería que el plazo que toma la tramitación de un adicional —los 121 dc, aproximadamente— deba ser asumido, sin atender que sea hasta en su propio perjuicio, por el contratista, siendo que, bajo un precipitado, sesgado y errado entender, se estaría frente a un riesgo conocido y aceptado tanto por la entidad como por el contratista. Por lo que, bajo este precipitado razonamiento, se negaría la posibilidad de otorgar la ampliación de plazo.

Sin embargo, consideramos que ello no sólo no se condice con la buena fe contractual, sino que responde a una errada lectura de la distribución de riesgos efectuada por las partes.

El error se centra en equiparar lo que implica la tramitación del adicional en sí, de los efectos en el tiempo que pueda tener la misma en la propia ejecución contractual; esto es, que las partes al regular «el procedimiento de aprobación de un adicional superior al 15%», lo único que

dejaron preestablecido es la forma o el trámite que se ha de seguir para comprometer nuevos recursos públicos en obras adicionales; pero ello no puede significar que se esté distribuyendo el riesgo de soportar los posibles efectos en el plazo a quien lo sufra que, principalmente, será el contratista.

Se debe resaltar el hecho de que el efecto frecuente y muchas veces inevitable de la tramitación de un adicional superior al 15%, es que éste implique la afectación de la ruta crítica de plazo contractual, dado que la necesidad y la tramitación toma un tiempo prolongado (en nuestro caso, 121 dc, aproximadamente, y en el mejor de los supuestos), plazo que no puede ser menor, en caso alguno, pues así lo dispone el cuerpo normativo aplicable.

La circunstancia de que se afecte el plazo contractual no ocasiona otra cosa que el perjuicio del contratista, el mismo que se materializa en que estará en una posición desfavorable para continuar con la ejecución de los trabajos, ya que tendrá menos tiempo del previsto. Frente a ello, inclusive, podrá verse incurso en penalidades e incumplimientos contractuales; supuestos que el contratista buscará evitar, ejecutando los trabajos aceleradamente con rendimiento incrementado (diferente al ofertado), lo que implica mayores costos.

Al respecto, como bien señala Fonseca:

[...] Los riesgos contractuales consisten en la contingencia de que la construcción de la obra pública termine costando más de lo previsto. Esto es, [...] Si la ejecución de una obra pública cuesta más de lo que las partes pudieron razonablemente prever, por razones no imputables a su culpa ¿debe ello conducir a que el contratista asuma de su propio patrimonio parte del costo de la obra, o la ejecute en forma gratuita, sin obtener una remuneración, una cierta ganancia por su esfuerzo de colaboración?<sup>9</sup>

<sup>9</sup> FONSECA PRADA, Eduardo. «La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas». Revista de Derecho Público. Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 2002, n.º 14, p. 36.

Por lo que el citado autor arriba a la siguiente conclusión:

[...] no pueden, por tanto, trasladarse al contratista aquellos riesgos que no son propios de su empresa y que no pueden medirse y calcularse dentro del precio del contrato. Ni es legítimo que la administración pretenda conducir al proponente o contratista a comprar una especie de lotería cuando celebra el contrato, incorporando en éste elementos de riesgos que no esté en condiciones de valorar.<sup>10</sup>

Basta detenerse en el análisis de cómo podría el contratista asumir el riesgo de los efectos que pueda ocasionar la tramitación de un adicional, máxime cuando el contratista en su oferta no puede prever cuándo y en qué circunstancias pueda gestarse la necesidad de aprobar un adicional. Claro que una vez iniciada la obra o en plena ejecución, el contratista se encontrará en mejor posición de identificar la necesidad, pero, aun sabiéndolo, no podrá manejar con precisión los efectos de la tramitación en el plazo de su calendario de obra.

Por lo tanto, se considera que los efectos en el plazo contractual que pueda producir la tramitación ordinaria de un adicional superior al 15%, no son parte del riesgo asumido por el contratista.

Debe dejarse planteada la primera salvedad a la conclusión enunciada, y ésta refiere al hecho de que la tramitación del adicional no sea «ordinaria»; entiéndase ésta como aquella en la que se cumplen todos los plazos preestablecidos, pues de lo contrario, existirá una injerencia perjudicial en los efectos «naturales» de la tramitación.

Por lo tanto, queda pendiente el desarrollo y atención a lo alegado por la entidad sobre la afirmación de que el contratista no dio «inicio» al trámite de aprobación en el tiempo debido, ya que los ensayos se realizaron en noviembre y diciembre del 2010.

---

<sup>10</sup> *Ibidem.*

**(iii) Constatación de la alegada demora en la tramitación del Adicional n.º 10**

Tanto en la solicitud de ampliación de plazo n.º 27, como en el desarrollo de la demanda, el contratista alega que la demora en la aprobación del Adicional n.º 10 habría afectado su ruta crítica en 119 dc. Curiosamente, este plazo fue contabilizado desde que se inició el trámite ante la CGR, es decir, después de la notificación de la Resolución Ministerial n.º 291-2011-MTC/02, que aprueba el adicional en cuestión.

Por su parte, la entidad ha manifestado de manera reiterada que no existe tal demora, ya que los plazos se han cumplido a cabalidad por parte de la entidad.

Por lo que se procederá a verificar el cumplimiento de los plazos para la tramitación del adicional, en el siguiente cuadro:

<b>Etapas en la aprobación del adicional superior al 15%</b>	<b>Plazo legal máximo</b>	<b>Fecha en la que se tramitaron</b>	<b>N.º de días que se tomaron</b>
Anotación en el cuaderno de obra de la necesidad del Adicional	Día 0	23.mar.2011	----
Presentación del expediente del presupuesto adicional del contratista al Supervisor	10 dc	1.abr.2011	9 dc
Remisión del expediente del adicional de la Supervisión a la entidad	10 dc	11.abr.2011	10 dc
Aprobación del adicional por parte de la entidad	10 dc	2.abr.2011	9 dc
Remisión de la entidad a la Contraloría	5 dh	29.abr.2011	7 dh
La Contraloría para emitir su pronunciamiento	15 dh	7.jun.2011	27 dh

Recurso de apelación por parte de la entidad	15 dh	30.jun.2011	16 dh
Pronunciamiento final de la Contraloría	30 dh	15.ago.2011	30 dh

De forma preliminar, se debe decir que las fechas que se tomaron en consideración fueron contrastadas en lo alegado por ambas partes y no existe controversia sobre este punto, por lo que de una simple verificación se puede advertir que tanto Provías, como la CGR han excedido el plazo legal establecido en lo regulado por las partes.

Siendo ello así, se llega a la conclusión de que sí existió una demora en la tramitación del Adicional n.º 10, demora que excede 17 dc, siempre en el supuesto de que un trámite ordinario tome, aproximadamente, 121 dc. Ello, en atención al estricto cumplimiento de los plazos del procedimiento de aprobación y autorización de un adicional que excede el 15% de la incidencia acumulada del monto contractual.

Finalmente, merece atención y análisis el argumento formulado por la entidad, en el extremo que aduce que el contratista debió anotar la necesidad del adicional, con un mayor tiempo de anticipación, para evitar que se afecte la ruta crítica de su calendario de obra; siendo que, al entender de Provías, se tenía los ensayos para la elaboración del adicional desde noviembre y diciembre del 2010, y el contratista recién anota la necesidad en el cuaderno de obra el 23 de marzo de 2011.

Sobre el tema, será pertinente analizar si el contratista realmente pudo efectuar la anotación de la necesidad antes de la fecha realizada, y si esta acción puede ser exigible contractualmente por parte de la entidad.

Respecto a lo pactado por las partes, se hace remisión al artículo 207 del RLCE, el cual regula cómo se inicia el procedimiento de aprobación de cualquier adicional de obra:

**Artículo 207.- Obras adicionales menores al quince por ciento (15%)**  
(...)  
La necesidad de tramitar y aprobar una prestación adicional de obra se inicia con la correspondiente anotación en el cuaderno de obra, ya sea por el contratista o el supervisor, la cual deberá realizarse con treinta (30) días de anticipación a la ejecución. Dentro de los diez (10) días siguientes de la anotación en el cuaderno de obra, el contratista deberá presentar al supervisor o inspector el presupuesto adicional de obra, el cual deberá remitirlo a la Entidad en un plazo de diez (10) días. La Entidad cuenta con diez (10) días para emitir la resolución aprobatoria. La demora de la Entidad en emitir la resolución en los plazos señalados que autorice las prestaciones adicionales de obra podrá ser causal de ampliación de plazo.  
(...)

El citado artículo señala que la necesidad de tramitar y aprobar un adicional, se inicia con la anotación de la misma en el cuaderno de obra; inicio que debe realizarse con treinta días de anticipación a su ejecución. Asimismo, precisa que la anotación puede ser por parte del contratista o por el supervisor.

Como se aprecia, el legislador busca que se prevea en el tiempo —en la medida de lo posible— que el inicio de la tramitación y aprobación de cualquier adicional, se realice con treinta dc de anticipación a su ejecución, pues todo parece apuntar a que se busca evitar que el plazo de la tramitación del adicional, termine afectando la ruta crítica del calendario de obra.

Sin embargo, esta obligación no sólo recae sobre el contratista, sino sobre el supervisor; por lo que corresponde analizar los medios probatorios ofrecidos por las partes, para efectos de determinar si la necesidad de tramitar el adicional pudo haber sido anotada con anterioridad.

Debe resaltarse el hecho de que la carga de la prueba recae en quien afirma un hecho; en este caso, recae sobre Provías. Lo alegado por la entidad, lejos de comprobarse, pierde sustento, puesto que tampoco existe la anotación anticipada en el cuaderno de obra por parte de la supervisión, la misma que está facultada para anotar la necesidad de un adicional de obra. Además, lo que resulta más contundente, es el hecho

de que se probó que también se efectuaron ensayos hasta en marzo del 2011. Por lo tanto, de los medios probatorios, no se puede arribar a la fiel conclusión de que la necesidad de ejecutar el adicional pudo haber sido anotada en el cuaderno de obra con anterioridad al 23 de marzo de 2011.

### **Conclusión final: Comprobación de la causa no atribuible al contratista**

Ya en las conclusiones preliminares se ha indicado la diferencia de lo que implica la tramitación del adicional en sí y los posibles efectos en el tiempo que ella pueda tener en la propia ejecución contractual.

Cuando las partes regularon cuál sería «el procedimiento de aprobación de un adicional superior al 15%», dejaron preestablecido la forma o el trámite que se ha de seguir para comprometer nuevos recursos públicos en obras adicionales; pero ello no puede significar que se esté distribuyendo el riesgo de soportar los posibles efectos en el plazo de tramitación del adicional a quien lo sufra que, principalmente, será el contratista.

En atención a tales consideraciones es que se concluyó que los efectos en el plazo contractual que pueda producir la tramitación ordinaria de un adicional superior al 15%, no son parte del riesgo asumido por el contratista. No obstante, a ello le resulta vinculante una salvedad, pues es evidente que estos efectos «naturales» de la tramitación, podrán agravarse si una de las partes incumple los plazos previstos para que el procedimiento de aprobación deje de ser ordinario y se prolongue en el tiempo, perjudicando económicamente, sea para el contratista (pues, de no otorgársele una ampliación de plazo, se verá en la necesidad de incurrir en mayores costos que aseguren un rendimiento acelerado para poder cumplir en el plazo), como para la entidad (porque deberá pagar los gastos generales de la ampliación de plazo que irroque y también el hecho de no tener la obra terminada a tiempo.

Por lo que, finalmente, se concluye en que sí configura una causa no atribuible al contratista, no sólo los efectos «ordinarios» de una tramitación de adicional, sino en el caso objeto de este informe, con más razón, no se trata de una causa atribuible al contratista los efectos producidos por la estricta demora en la tramitación del procedimiento para la aprobación del Adicional n.º 10, la misma que en el tiempo se prolongó por causa del incumplimiento de los plazos preestablecidos, tanto de la entidad, como de la CGR.

### **Segundo problema jurídico en materia de derecho administrativo. Contratación Pública:**

➤ **PRINCIPAL II:** Determinar si el extremo “que el plazo adicional resulte necesario para culminación de la obra” del artículo 201º del RLCE, deba ser entendido o no como un requisito de procedencia de ampliación de plazo.

**SECUNDARIO II:**

¿Cuáles son los requisitos de procedencia para otorgar una ampliación de plazo?  
 ¿Se debe evaluar la procedencia de la ampliación en el tiempo en la que se tramita la solicitud de ampliación de plazo, esto es, con el calendario de obra vigente?  
 ¿Debe entenderse que la culminación de la obra en el plazo inicial o vigente *per se* anula la procedencia de una ampliación de plazo en trámite?

De manera previa se debe evaluar: (i) cómo se reguló la procedencia de las ampliaciones de plazo (cuáles son los requisitos de procedencia); (ii) la procedencia y su evaluación en el tiempo, con énfasis en el papel del calendario de programación de obra vigente; (iii) la culminación de la obra en el período en que se evalúa la procedencia de una ampliación de plazo.

#### **(i) Los requisitos de procedencia de una ampliación de plazo.**

Cabe precisar en este apartado que por hallarnos en sede de contratación de obra pública, en el caso bajo análisis, el contratista no sólo se obliga al documento nominado Contrato de Obra n.º 95-2010-MTC/20, sino a todos los documentos que lo componen, según lo indica la cláusula tercera del mismo, que a la letra señala lo siguiente:

<b>CLÁUSULA TERCERA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO.-</b>	
3.1	El presente Contrato está regido por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, de fechas 04.06.2008, y 01.01.2009, respectivamente, en adelante <b>LA LEY y EL REGLAMENTO</b> , según corresponda, con vigencia a partir del 01.02.2009, según Decreto de Urgencia N° 014-2009 del 31.01.2009.
3.2	Forman parte integrante del presente Contrato, las Bases Integradas de la Licitación Pública, así como las Propuestas Técnica y Económica de <b>EL CONTRATISTA</b> y las Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente Técnico, según el objeto del proceso de selección.
3.3	El orden de prelación de los documentos que conforman el presente Contrato, para efectos de su interpretación o integración, en caso de cualesquier contradicción, diferencia u omisión, es el siguiente:
3.3.1	Especificaciones Técnicas o Expediente Técnico, según el objeto del proceso.
3.2.2	Bases Integradas de la Licitación Pública.
3.3.3	Propuestas Técnica y Económica de <b>EL CONTRATISTA</b> .
3.3.4	El presente Documento Contractual.

Siendo ello así, el procedimiento de cualquier solicitud de ampliación del plazo contractual, se regula en el contrato y en los artículos pertinentes de la LCE y/o del RLCE.

Al respecto, las partes regularon en la cláusula novena del contrato, los plazos a considerar en la ejecución de obra, de la forma siguiente:

<b>CLÁUSULA NOVENA: PLAZOS.-</b>	
<b>9.1</b>	<b>PLAZO DE ENTREGA DEL TERRENO</b> El terreno o lugar donde se ejecutará <b>LA OBRA</b> será entregado a <b>EL CONTRATISTA</b> dentro de los quince (15) días siguientes a la firma del presente Contrato.
<b>9.2</b>	<b>INICIO Y TÉRMINO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN</b> <b>EL CONTRATISTA</b> se obliga a ejecutar <b>LA OBRA</b> materia de este Contrato, en un plazo de Quinientos Diez (510) días calendario, contados a partir del día siguiente en que se cumplan las condiciones establecidas en el Artículo 184° de <b>EL REGLAMENTO</b> , y acorde a lo establecido en el Numeral 1.10 del Capítulo I Generalidades y Numeral 3.14 del Capítulo III Información Adicional y Suscripción del Contrato de las Bases Integradas de la Licitación Pública.  El plazo sólo podrá ser ampliado en los casos contemplados en el Artículo 200° de <b>EL REGLAMENTO</b> .

Como se aprecia en el párrafo segundo del numeral 9.2 de la enunciada cláusula, el plazo establecido inicialmente (510 dc) podrá ser ampliado en los casos establecidos en el artículo 200 del RLCE.

En atención a la remisión al artículo 200 del RLCE, corresponde analizarlo y en él se establece las causales de ampliación de plazo:

**Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo**  
 De conformidad con el artículo 41° de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

**Concordancia: LCE: Artículo 41°.**

Este dispositivo señala que la solicitud de ampliación de plazo puede generarse por las causales enunciadas en sus numerales. Lo resaltante es que antes de enumerarlas se indica que la solicitud se puede formular **siempre que modifique la ruta crítica de la programación de ejecución de obra vigente**, por lo que —de forma preliminar— se advierte que el primer presupuesto para la procedencia de cualquier ampliación de plazo, es que se AFECTE la ruta crítica.

También resulta relevante anotar que las cuatro causales establecidas por el artículo citado regulan supuestos en los que coincide el mismo hecho y éste es —como resulta lógico— que el contratista no sea el responsable de la causa que genere la afectación de la ruta crítica; lo cual induce a establecer el segundo presupuesto general de procedencia de ampliación de plazo, y es que la causa que genera el retraso no sea atribuible al contratista.

Se dejará el análisis de qué se entiende como «afectación de la ruta crítica» para el siguiente apartado. Ahora, respecto a cuándo se está frente a una situación que no es atribuible al contratista, corresponde hacer remisión a la solución del primer problema jurídico del presente informe.

Continuando con el desarrollo de cómo fue regulado el procedimiento de ampliación de plazo, diremos que como ya se vio en el numeral anterior, tanto en el contrato como en la remisión a la norma de

contratación pública, se han establecido dos presupuestos base para la procedencia de cualquier ampliación de plazo.

En adición a ello, la normativa en contratación pública, en el artículo 201 del RLCE, estableció un procedimiento (vamos a considerarlo de índole procedimental) para la aprobación de una ampliación de plazo:

**Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo**

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo.

Cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo sea este parcial o total.

En tanto se trate de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, hecho que deberá ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, la Entidad podrá otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los contratistas valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial, para cuyo efecto se seguirá el procedimiento antes señalado.

La ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT-CPM correspondiente, considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo. El inspector o supervisor deberá elevarlos a la Entidad, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la Entidad deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el mismo que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior. De no pronunciarse la Entidad en el plazo señalado, se tendrá por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor.

Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.

De él se advierten requisitos procedimentales o de forma: anotaciones en el cuaderno de obra, plazos para la presentación de la solicitud de ampliación de plazo y condiciones necesarias; modos o tipos de ampliaciones; así como también se regula la consecuencia que se deriva, ya sea en el supuesto en que se apruebe o se deniegue la ampliación de plazo.

### **Sobre los requisitos procedimentales para evaluar una ampliación de plazo**

El primer requisito procedimental, según el RLCE, es que el contratista anote en el cuaderno de obra, desde el inicio y durante la ocurrencia de

la causal, la circunstancia que amerite (en su opinión) una ampliación de plazo.

Al respecto, para evitar diversas interpretaciones, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), mediante Opinión n.º 106-2012/DTN, entre otras, ha señalado que este requisito se tiene por cumplido siempre que exista el inicio y el fin de la causal, y que las anotaciones intermedias son opcionales.

Como segundo requisito procedimental, el RLCE ha determinado, en el primer y segundo párrafo del artículo 201, plazos que deben ser cumplidos para la tramitación de la solicitud de ampliación, que son los siguientes:

<b>Trámite de ampliación de plazo</b>	<b>Días</b>
Termina el hecho invocado (cierre de causal)	0 dc
El Contratista (a través de su representante legal) presenta solicitud de plazo al Supervisor	15 dc
El Supervisor emite opinión sobre la solicitud de ampliación	7 dc
La Entidad deberá emitir pronunciamiento final sobre la procedencia	10 dc

### **Sobre las condiciones particulares a tomar en consideración**

El dispositivo objeto de análisis, en la última oración de su primer párrafo y en el párrafo tercero, regula el supuesto en el que un hecho invocado pueda superar el plazo vigente de ejecución contractual, esto es, que la necesidad de una ampliación de plazo se produzca justo antes de que termine el plazo contractual vigente, dejando establecido que toda solicitud de ampliación de plazo deberá ser presentada dentro del plazo contractual; caso contrario, no se admitirá.

Se entiende la no admisión, como el acto en virtud del cual la entidad se exime de efectuar la debida evaluación de procedencia de la ampliación de plazo, la misma que será rechazada de facto.

Una condición adicional se regula en el párrafo cuarto del artículo analizado, y es que las ampliaciones de plazo no pueden compartir causales ni fechas. De ser el caso, se deberán tramitar por separado.

### **Conclusión referente a los requisitos generales de procedencia de ampliación**

De lo expuesto se puede concluir que los requisitos de cualquier ampliación de plazo, quedan definidos de la siguiente manera:

<b>Presupuestos Base (requisitos de fondo)</b>	Afectación a la ruta crítica
	Causa no sea atribuible al contratista
Requisitos procedimentales	Anotación en el cuaderno de Obra del inicio y el fin de la causal
	Se cumplan los plazos establecidos/Aprobación tácita
Condiciones particulares	Toda solicitud debe ser efectuada dentro del plazo contractual/no admisión.
	Toda solicitud de ampliación de plazo debe realizarse por separado; no pueden compartir ni causal ni tener la misma fecha.

Habiendo quedado pendiente el tema relativo a qué se debe entender por «afectación a la ruta crítica» y «plazo necesario», procederemos a su análisis en el siguiente apartado.

(ii) **La procedencia y su evaluación en el tiempo, con énfasis en el rol del Calendario de Avance de Obra.**

**Cuestiones conceptuales previas**

Preliminarmente, se debe indicar que el contratista está obligado, como condición previa para la suscripción del contrato, a presentar un calendario de avance de obra valorizado, elaborado en concordancia con los desembolsos y con el plazo de ejecución sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM), según lo establece el artículo 183 del RLCE, numeral 3, el mismo que a la letra señala:

**Artículo 183.- Requisitos adicionales para la suscripción del Contrato de Obra**  
 Para la suscripción del contrato de ejecución de obra, adicionalmente a lo previsto en el artículo 141°, el postor ganador deberá cumplir los siguientes requisitos:

(...)

3. Entregar el Calendario de Avance de Obra Valorizado elaborado en concordancia con el cronograma de desembolsos económicos establecido, con el plazo de ejecución del contrato y sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM), el cual deberá considerar la estacionalidad climática propia del área donde se ejecute la obra, cuando corresponda.

(...)

Ello se condice con la obligación regulada en la cláusula cuarta, numeral 4.3 del contrato, la misma que señala que el desarrollo de la obra deberá constar detalladamente en un calendario, como se aprecia de su propio tenor:

**CLÁUSULA CUARTA: VIGENCIA DEL CONTRATO Y PLAZO.-**

(...)

4.3 El desarrollo de la ejecución de **LA OBRA** constará detalladamente en el Calendario de Avance de Obra Valorizado, elaborado en concordancia con el Cronograma de Desembolsos Económicos establecido, con el plazo de ejecución del Contrato y sustentado en el Programa de Ejecución de **LA OBRA** (PERT-PCM), el cual deberá considerar la estación climática propia del área donde se ejecute **LA OBRA**, cuando corresponda.

(...)

Esto permite advertir que el contratista no sólo debe ejecutar la obra en un plazo determinado, sino que el desarrollo de la misma estará bajo un control recurrente por parte de la entidad y/o del supervisor encargado.

Será importante "entonces" definir qué es lo que se entiende como «Calendario de avance de obra valorizado», para lo cual corresponde remitirse al anexo de definiciones del RLCE:

**5. Calendario de avance de obra valorizado:**  
El documento en el que consta la programación valorizada de la ejecución de la obra, por periodos determinados en las Bases o en el contrato.

De esta definición se deduce que el calendario de avance de obra valorizado es un calendario donde se consignan la programación de ejecución de obra, más la valorización por períodos.

La explicación de este proceso, en palabras del ingeniero Carlos López Avilés, es la siguiente:

Se programa la ejecución de una obra, determinando, en primer lugar, las actividades que se debe ejecutar para cumplir con el contrato. Se calcula luego la duración que dichas actividades van a tener y se establece el orden y la secuencia en que se deben realizar. Esta programación se hace aplicando la técnica PERT/CPM [...] Las actividades se programan en el tiempo y esta programación se ajusta de manera que el plazo total programado coincida con el plazo de ejecución contratado. [...] Una vez definida la programación se colocan las fechas al programa [...]. Se obtiene así el calendario de avance de obra.<sup>11</sup>

Ahora bien, respecto al método PERT/CPM, se puede decir que son técnicas de programación cuyas siglas están en inglés y significan PERT (*Program Evaluation and Review Technique*) y CPM (*Critical Path Method*).

Estos métodos son usados porque así lo dispone la normativa en contrataciones públicas, en el numeral 3 del artículo 183 del RLCE.

<sup>11</sup> LÓPEZ AVILÉS, Carlos. *Informe pericial actuado en el proceso arbitral seguido por OHL contra Provías*. Lima, 2012, p. 7.

Ambos sistemas responden a la planificación de la ejecución de un proyecto en el tiempo. En palabras de Willman Acosta:

El PERT/CPM expone la «ruta crítica» de un proyecto. Éstas son las actividades que delimitan la duración del proyecto. En otras palabras, para lograr que el proyecto se realice pronto, las actividades de la ruta crítica deben realizarse pronto. Por otra parte, si una actividad de la ruta crítica se retarda, el proyecto como un todo se retarda en la misma cantidad. Las actividades que no están en la ruta crítica tienen una cierta cantidad de holgura, esto es, pueden empezarse más tarde, y permitir que el proyecto como un todo se mantenga en programa. El PERT/CPM identifica estas actividades y la cantidad de tiempo disponible para retardos.<sup>12</sup>

Es por ello que estos métodos, como señala el citado autor: «[...] aportan los elementos administrativos necesarios para formar el método del camino crítico actual, utilizando el control de los tiempos de ejecución y los costos de operación para buscar que el proyecto sea ejecutado en el menor tiempo posible y al menor costo».<sup>13</sup>

Lo cual permite no sólo un control del desarrollo de la obra, sino que además es de gran utilidad para la determinación de las ampliaciones de plazo, dado que, como bien explica el ingeniero López Avilés:

Si cualquier actividad de la ruta crítica dura más de lo previsto o empieza en una fecha posterior a la prevista, el proyecto en su conjunto se demorará en el mismo plazo de la demora o de la duración excesiva. Por eso la utilidad del PERT/CPM para determinar el derecho a una ampliación de plazo.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> ACOSTA, Willman. «PERT y CPM como técnicas para la planificación de actividades o técnicas de programación de proyectos». Encontrado en <http://ocw.ub.edu/documentacio/teoria-i-sistemes-dinformacio/fitxers/tema-3/CPM-PERT.pdf>.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> LÓPEZ AVILÉS, Carlos. *Loc. cit.*

Por lo que, frente al resultado que arroje el PERT/CPM, se puede tener una afectación a la ruta crítica, correspondiendo verificar cuál fue la causa que la propició, lo que, en términos legales, se conoce como hecho atribuible; si es un hecho atribuible al contratista, éste deberá acelerar porque no habrá el derecho a una ampliación de plazo y éste deberá acelerar para no incurrir en penalidades. Ahora, si es un hecho no atribuible al contratista, la entidad se verá obligada a aprobar una ampliación y los mayores gastos generales.

Siendo ello así, se puede concluir que al establecer este método, la normativa en contratación pública ha dispuesto una particularidad adicional a los contratos de obra pública. En palabras de Eric Franco, se debe indicar que:

En un proyecto privado, la obligación no cumple con una ruta crítica [...] sólo cumplir con la obra en una determinada fecha, pueden comprometerse a cumplir con determinados hitos [...] no te comprometes a una determinada ruta crítica. En cambio, en contratación pública, te comprometes a una ruta crítica y cuando se pida una ampliación de plazo, van a medirla en función a esa ruta crítica.<sup>15</sup>

Se debe anotar que tanto la normativa anterior<sup>16</sup> a la aplicable a este caso, como también las modificaciones posteriores<sup>17</sup> al RLCE, mantienen el mismo criterio de otorgar ampliaciones de plazo, siempre que exista una latente y efectiva afectación a la ruta crítica.

---

<sup>15</sup> FRANCO REGJO, ERIC. «Problemática de las ampliaciones de plazo, gastos generales y costos directos, ¿qué lecciones aprendimos?». Ponencia sustentada en la Mesa de Intercambio del evento Curso Especializado en Derecho de la Infraestructura. Lima, 16 de junio de 2017.

<sup>16</sup> Ley de Contrataciones y Adquisiciones y su reglamento —Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM—.

<sup>17</sup> Ley n.º 30225 —su modificación Decreto Legislativo n.º 1341— y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2017-EF —su modificatoria Decreto Supremo n.º 350-2017-EF—.

Entonces, cobra total sentido que la afectación de la ruta crítica termine siendo un elemento constitutivo de cualquier solicitud de ampliación de plazo. En palabras de Eric Franco:

Es una particularidad que encontramos en la ley de contratación pública, que es que se señala que la ampliación de plazo se analiza sobre la base de la ruta crítica del cronograma de obra vigente al momento que se hace la solicitud.<sup>18</sup>

Ahora corresponde entender cómo funciona el método de la ruta crítica. El ingeniero López Avilés explica:

Para cada actividad se define la fecha de inicio más temprana posible, pero también la fecha de inicio más tardía posible. Hay actividades que pueden empezar en distintas fechas sin afectar por esto la duración total del programa. Aparejado con esto se tendría la fecha de término más temprana posible y la más tardía posible. [...] Esto se llama HOLGURA. Existe, sin embargo, una serie de actividades, conectadas todas lógicamente de manera continua desde el inicio hasta el final de la red, que tiene la propiedad de que sus holguras son cero en todas ellas.

Si la holgura es cero, significa que su fecha de inicio más temprana y más tardía son iguales, en otras palabras, necesariamente deben empezar en esa fecha, ya que de lo contrario todo el programa se afecta. A esta secuencia de actividades continua desde el inicio hasta el final se le llama RUTA CRÍTICA.

Por lo tanto, si una actividad de la ruta crítica no empieza cuando estaba programada, «empuja» el final del proyecto. Pero, también sucede que aun empezando en la fecha programada, si por alguna razón la actividad dura (toma más tiempo) más de lo que estaba previsto, el efecto que causa es que LA SIGUIENTE ACTIVIDAD (la sucesora) en la red, ya no podrá empezar en la fecha que estaba programada [...]. La ruta crítica se afecta, ya

---

<sup>18</sup> FRANCO REGJO, Eric. *Loc. cit.*

sea por demora en el inicio de una actividad o por duración más prolongada de la ejecución de una actividad.<sup>19</sup>

Siendo que la afectación de la ruta crítica tiene tal calidad e importancia, los factores que determinen su configuración, esto es la evaluación de fondo de una solicitud de ampliación de plazo, deben al menos considerar parámetros objetivos que permitan su adecuada constatación, pues de esto depende en gran medida el resultado de ampliar o no el plazo contractual.

### **Evaluación y constatación de la afectación de la ruta crítica y su factor tiempo (CAOV)**

Como ya fue desarrollado en el ítem anterior, el contratista se ve obligado no sólo a ejecutar en un determinado plazo, sino que además se obliga a soportar durante toda la ejecución, el control del plazo, materializado en el cumplimiento del calendario de avance de obra vigente, ya sea éste el inicial o, si fuese el caso, el aprobado tras una ampliación de plazo.

Se aprecia cómo es que el calendario de avance de obra vigente (en adelante, CAOV) resulta de vital importancia para la determinación de la afectación de la ruta crítica, pues será en función a éste que se ejercerá el control del desarrollo de la obra.

Ahora, se debe indicar que este control en la ejecución programática de la obra tiene una incidencia en la administración contractual y, en simultáneo, una incidencia de tipo económico, dado que, por un lado, puede generar que frente a un retraso injustificado, se exigirá un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, no reconociéndose los mayores costos que ésta puede ocasionar, como se advierte en el artículo 205 del RLCE, cuando se establece que el retraso se configura cuando existe una demora que excede el 20% de lo programado:

<sup>19</sup> LÓPEZ AVILÉS, Carlos. *Loc. cit.*

**Artículo 205.- Demoras injustificadas en la Ejecución de la Obra**

Durante la ejecución de la obra, el contratista está obligado a cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra. En caso de retraso injustificado, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordenará al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando tal hecho en el cuaderno de obra.

La falta de presentación de este calendario dentro del plazo señalado en el párrafo precedente podrá ser causal para que opere la intervención económica de la obra o la resolución del contrato. El nuevo calendario no exime al contratista de la responsabilidad por demoras injustificadas, ni es aplicable para el cálculo y control de reintegros.

Cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada sea menor al ochenta por ciento (80%) del monto acumulado programado del nuevo calendario, el inspector o el supervisor anotará el hecho en el cuaderno de obra e informará a la Entidad. Dicho retraso podrá ser considerado como causal de resolución del contrato o de intervención económica de la obra, no siendo necesario apercibimiento alguno al contratista de obra.

Cabe precisar que la exigencia de un calendario acelerado es la consecuencia menos grave, porque el retraso puede generar hasta la resolución contractual.

Por otro lado y, en simultáneo, su incidencia económica se traslada al hecho de que puede generar penalidades por retraso —en este caso en perjuicio del contratista—, o puede generar —tras la aprobación de una ampliación de plazo— la obligación del pago de mayores gastos generales, en perjuicio de la entidad.

Por ello se advierte que cualquier afectación a la ruta crítica del calendario de obra vigente, va a terminar ocasionando perjuicios económicos a una de las partes o incluso a ambas.

Este efecto permite entender por qué las partes establecieron, por un lado, penalidades —en salvaguarda de los intereses de la entidad— y el derecho a una ampliación de plazo —en atención a los perjuicios económicos que se pudieran ocasionar al contratista—.

Como bien señala Sergio Tafur, para el caso de la ampliación de plazo:

Ampliación de plazo es un derecho que tiene el contratista en determinadas circunstancias. Este tema está vinculado a dos cosas: causales (razones por las que se solicita la ampliación de plazo) y, el otro tema, es las consecuencias que derivan de las ampliaciones de plazo (que, fundamentalmente, serán económicas, porque alguien va a pagar un mayor costo o porque alguien va a sufrir el cobro de una penalidad.<sup>20</sup>

Ahora, entrando ya a la materia de análisis del presente ítem, corresponde que nos remitamos nuevamente al artículo 200 del RLC, el mismo que regula los supuestos de procedencia de una solicitud de ampliación de plazo:

**Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo**  
De conformidad con el artículo 41° de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

**Concordancia: LCE: Artículo 41°.**

Este artículo contiene los supuestos en que el contratista tendrá derecho a exigir una ampliación de plazo. Corresponde traer a colación lo ya señalado, dado que este dispositivo regula lo esencial (los presupuestos base de una ampliación de plazo); y no es menos relevante el hecho de que en el mismo se haya dispuesto —como resulta lógico— que la ampliación de plazo deba ser evaluada en función a un determinado programa de ejecución de obra, que no será el otro que el VIGENTE.

<sup>20</sup> TAFUR SÁNCHEZ, Sergio. «Problemática de las ampliaciones de plazo, gastos generales y costos directos. ¿Qué lecciones aprendimos?». Ponencia sustentada en la Mesa de Intercambio del evento Curso Especializado en Derecho de la Infraestructura. Lima, 16 de junio de 2017.

Este énfasis es crucial, dado que el programa de ejecución vigente siempre estará supeditado a un determinado momento; y cuando se origina la ampliación de plazo, su evaluación y procedencia se efectuará teniendo en consideración ese momento, materializado en el CAO.V.

**(iii) La culminación de la obra en el período de trámite de una ampliación de plazo.**

**Cuestión previa**

Antes de proceder con el desarrollo del supuesto postulado, se debe indicar que la ampliación de plazo es una herramienta pactada por las partes para, en principio, modificar el plazo contractual inicial, pero también dejar a salvo las implicancias o efectos económicos que pueda generar un incremento en el mismo.

Para este análisis se debe considerar de forma especial que el contratista, al comprometerse a un determinado plazo, internaliza los costos necesarios para su cumplimiento y es en función a éste que, finalmente, formula su oferta, entendiendo que lo comprometido dejará a salvo sus ganancias esperadas. En palabras de Eric Franco:

Es esencial entender que al momento que el contratista prepara su oferta y cuando se firma el contrato, el contratista asume que el volumen de los trabajos a realizar en el plazo comprometido es el que razonablemente se desprende de las especificaciones, que podrá realizar los trabajos sin demoras, ni interrupciones y en el plazo pactado. Ello es un principio fundamental, pues de lo contrario debería contemplar en su precio una serie de contingencias que podrían o no materializarse, pero que de todos modos trasladaría al propietario.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> FRANCO REGJO, ERIC. «Reclamos por demoras, interrupciones y aceleración en proyectos de construcción». En *Temas de Direito da Construção*.

Entonces, el análisis parte de una premisa importante y ésta es que toda ampliación de plazo termina siendo un derecho del contratista, orientado a que se mantenga el equilibrio económico financiero del contrato, con la única finalidad de evitar perjuicios económicos injustificados.

### **La procedencia final de una ampliación de plazo cuando concluyó la ejecución de obra**

Se plantea en el escenario de los hechos del expediente materia del presente informe, que durante el trámite del proceso arbitral, el contratista comunica a la entidad que la ejecución de la obra había finalizado.

Este hecho fue presentado como medio de prueba por parte de la entidad, la misma que postuló como parte de su alegación de defensa, que frente a este hecho quedaba demostrado que el contratista no necesitaba las ampliaciones de plazo para culminar la obra, ya que ésta había terminado.

A entender de la entidad, uno de los requisitos para la procedencia de una ampliación de plazo, es que «el plazo sea necesario para la culminación de la obra». Ello, en una supuesta directa remisión de una oración del primer párrafo del artículo 201 del RLC, que trataremos a continuación.

Como ya se desarrolló en los ítems anteriores, a consideración nuestra, la procedencia de ampliación de plazo está sujeta a la configuración de los presupuestos base o elementos constitutivos —que dan origen al derecho (regulados en el artículo 200 del RLCE)— y al cumplimiento de los requisitos procedimentales para ejercer el derecho, requisitos de forma regulados en el artículo 201 del RLCE). Para ser más gráficos, se presenta nuevamente el siguiente cuadro:

<b>Presupuestos Base (requisitos de fondo)</b>	Afectación a la ruta crítica
	Causa no sea atribuible al contratista
Requisitos procedimentales	Anotación en el cuaderno de obra del inicio y el fin de la causal
	Se cumplan los plazos establecidos/Aprobación tácita
Condiciones particulares	Toda solicitud debe ser efectuada dentro del plazo contractual/no admisión
	Toda solicitud de ampliación de plazo debe hacerse por separado; no pueden compartir ni causal ni tener la misma fecha de afectación

Ahora bien, conviene detenerse a analizar qué es lo que el legislador pretendió regular en el artículo 200 del RLCE, cuyo encabezado es «Causales de ampliación de plazo», como se aprecia a continuación:

<p><b>Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo</b> De conformidad con el artículo 41° de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.</li> <li>2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.</li> <li>3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.</li> <li>4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.</li> </ol> <p><b>Concordancia:</b> LCE: Artículo 41°.</p>
--

En opinión nuestra, el artículo lejos de sólo enumerar las «causales» de ampliación, reguló en qué supuesto nace el derecho a una ampliación de plazo y cuáles son los presupuestos bases para que ésta se configure.

Como se ha indicado, el dispositivo señala que debe haber afectación de la ruta crítica —evidenciada en una modificación del CAO— y que la causa que la origina no sea por un evento atribuible al contratista.

Adicionalmente, el artículo 201 del RLCE establece el procedimiento para solicitar la ampliación de plazo, que en opinión nuestra, regula únicamente los requisitos procedimentales para el ejercicio del derecho que, como vimos en el ítem anterior, se resume en el cuadro siguiente:

<b>Trámite de ampliación de plazo</b>	<b>Días</b>
Termina el hecho invocado (cierre de causal)	Día 0
El Contratista (a través de su representante legal) presenta solicitud de plazo al Supervisor	15 dc
El Supervisor emite opinión sobre la solicitud de ampliación	7 dc
La Entidad deberá emitir pronunciamiento final sobre la procedencia	10 dc

En los párrafos siguientes del artículo 201 del RLCE, también se establecen algunas condiciones particulares a tomar en consideración en el trámite de solicitud y la obligación que produce una aprobación de ampliación de plazo (que es la presentación de un nuevo CAO, para que sea revisado por el supervisor y aprobado por la entidad).

Ahora bien, hemos reservado para el final del análisis de procedencia, la interpretación propuesta por nosotros respecto al artículo en cuestión, en el extremo que señala que todo el procedimiento de ampliación de plazo está supeditado a que, por un lado, se afecte la ruta crítica, como presupuesto base o elemento constitutivo (requisito que no está en discusión); y, por otro lado, que el plazo (solicitado) sea necesario para la culminación de la obra; como se aprecia en el dispositivo, cuyo tenor es el siguiente:

**Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo**  
 Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

Esta reserva obedece a que a consideración nuestra, existen razones suficientes para no colegir en que este extracto del artículo: «el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra», sea requisito de procedencia de una ampliación de plazo.

Primero, se debe atender y develar la intención del legislador, al regular la procedencia de la ampliación de plazo, para lo cual se deberá atender a los antecedentes y precedentes del artículo en cuestión.

La anterior norma en materia de contratación pública, cuyo reglamento fue aprobado por el Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, prescindió del apartado materia de discusión, reduciendo la procedencia de ampliación únicamente a la constatación de la afectación de la ruta crítica del calendario de avance de obra vigente, como se aprecia del propio literal del dispositivo que regula el procedimiento de ampliación de plazo, en esta norma, el artículo 259:

**Artículo 259.- Procedimiento**  
 Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

A su vez, la nueva y actual norma en vigencia, el Reglamento de la Ley n.º 30225, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2015-EF y su reciente modificatoria efectuada mediante Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, también prescinde de la mención «que el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra», como se puede apreciar en el mismo dispositivo:

**Artículo 170.- Procedimiento de ampliación de plazo**  
Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, el contratista, por intermedio de su residente debe anotar en el cuaderno de obra, el inicio y el final de las circunstancias que a su criterio determinen ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluida la circunstancia invocada, el contratista o su representante legal solicita, cuantifica y sustenta su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente.  
[...]

La omisión anterior y posterior del apartado en discusión, se puede deber a diferentes motivos, pero lo que sí queda claro y recurrente en el entender del legislador, es que para la evaluación de una ampliación de plazo se debe constatar la afectación de la ruta crítica del calendario de avance de obra vigente, así como que la causa que produjo la misma no responda a un evento atribuible al contratista. Ello se advierte en los dispositivos de las anteriores normas que regulan las causales de ampliación de plazo.<sup>22</sup>

Esto permite concluir en que se puede prescindir del supuesto elemento «plazo necesario», para la evaluación de una ampliación de plazo, independientemente de la norma que se aplique. Por lo tanto, éste no representa un elemento constitutivo para la generación del derecho de ampliación de plazo.

<sup>22</sup> Artículo 258 del D.S. n.º 084-2004-PCM y artículo 169 del D.S. n.º 350-2015-EF.

Sin perjuicio de lo expuesto, y con la única finalidad de dar atención a que la norma aplicable al caso sí tuvo en cuenta en su redacción la condición de «que el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra», conviene interpretarlo y otorgarle alcance de aplicación.

Como ha sido redactado el extremo en discusión (ver el siguiente párrafo encuadrado), se advierte que señala que toda solicitud de ampliación de plazo se efectuará siempre que exista una afectación de la ruta crítica del calendario de avance de obra vigente. Acto seguido, utiliza un conector de conjunción «y», para enunciar, el mismo que da la impresión de que se agregará un nuevo requisito «el plazo necesario», lo cual amerita un análisis independiente.

**Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo**  
Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

Para el estudio del tema, resulta preponderante atender al hecho de que si se constata una afectación a la ruta crítica, es evidente que el período afectado originará la necesidad de ampliar el plazo —como un efecto directo e inevitable—; de lo contrario, el contratista, en función a los rendimientos ofertados, no podrá culminar la obra dentro del plazo primigenio afectado, incurriendo en penalidades, las mismas que el contratista buscará evitar, teniendo ineludiblemente que incrementar rendimientos, que terminarán ocasionando mayores costos de los previstos en el rendimiento ofertado.

Como ya explicamos, el método PERT/CPM siempre arroja el plazo necesario, porque automáticamente termina moviendo todas las

fechas tras la afectación de la ruta crítica, teniendo en consideración en el cálculo, el rendimiento ofertado por el contratista y modificando las partidas con holgura, en beneficio de la entidad, para la generación del nuevo plazo ampliado.

Por tanto, en opinión nuestra, existe una redundancia y ambigüedad en la redacción del extremo en discusión, dado que de constatare una afectación a la ruta crítica, es evidente que brota —como consecuencia natural— la necesidad de ampliar el plazo, en vista de que ello no podría ser de otra manera, bajo el método de la ruta crítica.

Además, esta aseveración se condice con el propio artículo 200 del RLCE, el mismo que —en opinión nuestra— estableció en qué supuesto nace el derecho a una ampliación de plazo y cuáles son los presupuestos base para que ésta se configure.

Y como se aprecia del propio tenor del artículo en cuestión, una ampliación de plazo nace siempre que se afecte la ruta crítica. Tras constatar la afectación, se gesta la necesidad de ampliarlo y nace el derecho a solicitarlo:

**Artículo 200.- Causales de ampliación de plazo**  
De conformidad con el artículo 41° de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

1. Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
2. Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.
3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.
4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

**Concordancia: LCE: Artículo 41°.**

Entonces, se parte de la premisa de que «toda afectación de la ruta crítica dará como resultado un plazo adicional», porque en el método de la ruta crítica no puede ser necesario ningún plazo que no haya afectado la ruta crítica.

Ahora, forzando una interpretación sesgadamente literal, pero en mérito de evaluar la posición de la entidad, cabría preguntarse ¿en qué escenario se podría gestar un supuesto en el que por más que se afecte la ruta crítica y nazca el derecho a la ampliación de plazo, éste ya no sea necesario para la culminación de la obra?

Entendiendo para este supuesto que el plazo no será necesario para la culminación de la obra, porque la ejecución de la misma ha terminado y no hay nada que ejecutar.

Bajo un razonamiento estrictamente técnico, eso únicamente puede darse en el escenario en el que concurren estas dos condiciones: por un lado, que el contratista trabaje con un rendimiento acelerado (dado que con el ofertado, la obra no terminaría y el plazo siempre sería necesario); y, por otro lado, que el calendario de obra vigente sea el mismo con el que se solicitó la ampliación de plazo y con el que se culminó la obra. Caso contrario, se estaría incumpliendo el artículo 200 y el propio 201 del RLCE, puesto que en ellos se reitera que la afectación de la ruta crítica será del programa de ejecución VIGENTE.

Como se puede apreciar, forzando la interpretación, sólo resultaría aplicable en ese caso en particular, y con la salvedad de que aun cumpliéndose con la segunda condición de que sea el mismo calendario de avance de obra, esto no justificaría que el contratista incurra en mayores costos para efectuar un rendimiento diferente al ofertado sin la debida contraprestación.

Regresando al análisis del caso, que es objeto del presente informe, la entidad propone la aplicación «del plazo necesario para la culminación de la obra», entendiendo que la evaluación de la «necesidad» deba ser efectuada en el momento en el que la obra haya culminado.

En opinión nuestra, ello no puede ser de ese modo, dado que la aprobación o denegatoria de una solicitud de ampliación, está sujeta

a plazos de trámite, lo cual evidencia que la supuesta evaluación de «necesidad», no sólo debe prescindir del hecho de que la obra termine, sino que debe estar sujeta a que la evaluación se efectúe en un plazo determinado (es decir, bajo el análisis objetivo del calendario de avance de obra VIGENTE). Por lo que la supuesta evaluación de «necesidad», termina siendo la mera constatación de la afectación de la ruta crítica del CAO, cayendo —como ya se concluyó— en una redundancia.

Sin perjuicio de la posición que se sustenta en el presente informe, entender que la evaluación del plazo «necesario» pueda ser arbitrariamente evaluada en cualquier momento y bajo el análisis de cualquier calendario de obra, constituye una posición que no se ajusta a derecho.

Sobre el particular, hacemos remisión a los considerandos del laudo,<sup>23</sup> emitido en mayoría por Patrick Hurtado Tueros y Daniel Linares Prado, en el que acertadamente muestran las inconsistencias de considerar al «plazo necesario» como requisito de ampliación y que su supuesta evaluación se efectúe al culminar la obra:

La posición de la entidad no es atendible por dos razones, la primera de ellas es que el requisito de «necesidad» está incluido en una norma que regula claramente un procedimiento que incluye plazos, tanto para sustentar la ampliación como para resolverla. En ese sentido, adoptar la posición de la entidad implicaría tener que suspender los plazos y procedimientos, a resultas de lo que ocurra al finalizar la obra, lo cual no es el sentido de la obra.

Cabe añadir que la entidad, de acuerdo al artículo 201 del RLCE, debe analizar si en la oportunidad en que se presentó la solicitud, existían argumentos —fácticos y jurídicos— válidos para que la entidad desestimara dicha solicitud, los cuales estarían circunscritos a las anotaciones de ocurrencias en el cuaderno de obra.

[...]

---

<sup>23</sup> Laudo arbitral emitido el 18 de septiembre de 2014, en el caso n.º 286-56-12 del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 56.

La segunda razón por la cual el tribunal arbitral considera que el análisis de necesidad no puede realizarse al final de la ejecución, es que el artículo 201 del RLCE es claro en señalar que el análisis de procedibilidad debe realizarse sobre «el programa de ejecución vigente». Si como sostiene la entidad, el análisis debe realizarse sobre el final de la ejecución, dicho análisis ya no sería sobre el programa de ejecución vigente», incumpléndose expresamente dicho artículo.

[...]

Incluso dentro de la ejecución de un contrato se podría presentar el supuesto en el que Provías conceda una ampliación de plazo (dada la afectación de la ruta crítica) y el contratista termine la obra antes de finalizado el plazo contractual ampliado.

En este escenario, la entidad no podría desconocer que sí correspondía ampliar el plazo, más allá de que en los hechos el contratista no hizo uso de él, no pudiendo pretender la devolución de los mayores gastos generales concedidos como consecuencia de dicha ampliación.

Resulta interesante, el análisis desarrollado por los miembros de este tribunal, dado que revela cómo ni la propia entidad podría evitar que otorgándose una ampliación de plazo en un determinado momento, cambie su resultado si el contratista usa o no el plazo adicional para culminar la obra.

Conviene también traer a colación el análisis realizado por el voto singular del anterior tribunal arbitral, suscrito por Carlos Ireijo Mitsuta, quien por un lado reconoce que es paradójico que exista una afectación que no resulte necesaria para culminar la obra y, además, reconoce que el análisis de la necesidad de una ampliación de plazo debe realizarse en el momento de la solicitud, sobre la base del calendario vigente en ese momento, como se puede apreciar en los extractos del voto singular del referido árbitro:

La complejidad del asunto controvertido reside en que si bien existió una afectación a la ruta crítica, la cual es definida en el Anexo de definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado como «la secuencia programada de las actividades constructivas de una obra cuya variación afecta el plazo total de ejecución de obra»; paradójicamente no se ha afectado el plazo necesario para su culminación.

Es importante dejar sentado que el suscrito acepta que el análisis de la necesidad de una ampliación de plazo debe realizarse en el momento de la solicitud, puesto que la normativa de contratación pública impone un plazo de procedencia inflexible que corre contra el ejecutor de la obra, no obstante, si bien en ese momento podría haber sido necesaria la ampliación; el hecho concreto es que por alguna razón, la obra es concluida en el plazo sin otorgarse la ampliación requerida por el contratista.

[...] resulta complicado asimilar que la afectación de una ruta crítica no haya necesariamente, extendido naturalmente el plazo de ejecución de la obra, y las soluciones posibles que pueden sustentar este extraño e ilógico resultado es que la mencionada ruta crítica establecida particularmente para este contrato no tenía como esencia una «holgura cero», característica que la hace trascendente en la ejecución; o que el ejecutor de la obra haya decidido libremente —y bajo su responsabilidad— aumentar recursos para mantener la ejecución programada, pese a que se afectó un hito trascendental que haría, por naturaleza técnica, extender el plazo, con la cual se buscaría «recuperar» un atraso que no le es atribuible y ser más eficiente [...]

El suscrito diferencia entre el derecho de solicitar una ampliación de plazo en determinadas circunstancias; y la declaración o concesión efectiva de este derecho que será materializado en otro momento distinto y posterior. Actualmente, con la culminación de la obra, resulta ilógico para la institución misma de ampliación, declarar que es necesario extender el plazo que, bajo ninguna circunstancia, será aplicado en la mencionada obra, puesto

que ésta ya está terminada, tal como ambas partes han señalado y resultaría en la realidad de los hechos irrelevantes.<sup>24</sup>

Llama la atención que si bien se reconoce que es un tema complicado el hecho de que se haya gestado la afectación y que no se necesite el plazo; es más se califica tal situación como un caso ilógico y extraño; sin embargo, a pesar de ello, se opta por denegar la ampliación de plazo.

Así, es claro que no concuerdan sus premisas con la conclusión final, según se puede advertir seguidamente:

Premisa n.º 1 →	Reconoce que la evaluación de la supuesta «necesidad» debe realizarse al momento de la solicitud de ampliación de plazo.
Premisa n.º 2 →	Si se afecta la ruta crítica, lo lógico y normal es que el plazo se amplíe y sea necesario.
Premisa n.º 3 →	El contratista busca «mantener» la ejecución programada o «recuperar» un atraso que no es imputable, para lo cual incurre voluntariamente en mayores costos.
Conclusión →	No se amplía el plazo, porque no se va usar en la obra ni el plazo ni los mayores gastos generales.

Como se puede apreciar, el análisis efectuado por Ireijo en cada premisa es el correcto, pero no se condice o concatena adecuadamente a la conclusión a que finalmente arriba.

<sup>24</sup> Voto singular emitido por Carlos Ireijo Mitsuta en el caso n.º 286-56-12 del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p. 30.

Sin embargo, resulta relevante el tema puesto en discusión respecto a que el contratista busca «mantener» la ejecución programada o «recuperar» un atraso que no es imputable. Esto se da, naturalmente, producto de la denegatoria de una solicitud de ampliación de plazo, frente a la cual el contratista diligente iniciará un proceso arbitral para determinar si la denegatoria fue injustificada.

Una vez activada la cláusula de resolución de conflictos, se dará inicio al arbitraje; sin embargo, con ello no cambia en nada la situación del contratista en la ejecución contractual, ya que el control de plazos seguirá midiéndose en función al CAOv, por lo que, en paralelo, tendrá inevitablemente que cumplir con los plazos, incurriendo en mayores costos que permitan ejecutar un mayor rendimiento del ofertado para evitar posibles penalidades.

Sobre este punto, se debe tener en cuenta que el calendario de programación de obra bajo el método de la ruta crítica, siempre tendrá partidas con holgura natural que son, generalmente, partidas no críticas, y otras partidas tendrán una holgura ganada, pues es posible que el contratista —de manera voluntaria y bajo su responsabilidad— busque ejecutar con mayor eficiencia determinadas partidas, ganando así una «holgura», la misma que no le será reconocida, porque el método PERT/CPM maneja las holguras a beneficio de la ejecución más temprana posible; «comiéndose» así la eficiencia del contratista.

Como apreciamos en ambos supuestos, el contratista siempre se verá perjudicado patrimonialmente.

Entonces, indudablemente, que la posición sustentada del «plazo necesario» es arbitraria y antojadiza, dado que por un lado sí acepta que el contratista está sujeto a cumplimientos parciales materializados en un CAOv; y, es más, con el riesgo de la aplicación de penalidades, según indica el artículo 205 del RLCE. Sin embargo, por otro lado, cuando

este CAO V favorece al contratista, no corresponde considerarlo para el otorgamiento de una ampliación de plazo.

Finalmente, a modo de conclusión preliminar, será preciso anotar que la culminación de la obra no tendría por qué ser considerada como un factor determinante para la evaluación de procedencia de una ampliación de plazo.

### **Sobre los efectos de una ampliación de plazo**

En este último apartado, se desarrollará el efecto o consecuencia jurídica del otorgamiento de una ampliación de plazo prevista por el RLCE; para lo cual corresponde analizar el artículo 202 del RLCE, que a la letra indica lo siguiente:

**Artículo 202.- Efectos de la modificación del plazo contractual**

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos.

Sólo en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

En el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido en el párrafo precedente.

En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por ésta y vinculados directamente al contrato principal.

Como se aprecia del dispositivo, se determina una regla general, que es que toda ampliación de plazo dará lugar al pago de mayores gastos generales variables, cuyo cálculo será igual al número de días otorgados en la ampliación, multiplicados por el gasto general variable diario. Seguidamente, establece una primera excepción a esta regla general, que es cuando la ampliación de plazo deriva de un adicional de obra, pues el mismo cuenta con un presupuesto específico.

Asimismo, en el siguiente párrafo se establece otra excepción a la regla general y ésta se configura cuando se otorga una ampliación de plazo bajo la causal de paralizaciones no atribuibles al contratista. Sus mayores gastos generales no se obtendrán aplicando la fórmula de cálculo general, sino que serán los que el contratista pueda acreditar debidamente.

Por último, el artículo establece que frente a una reducción de metas del objeto del contrato y que ésta —a su vez— implique una reducción de plazo, también se descontaran los mayores gastos generales variables.

En resumen, y en orden a ser gráficos, el artículo 202 del RLCE, que regula los efectos del otorgamiento y/o procedencia de una ampliación de plazo, quedaría plasmado así:

<b>Regla general: Se concede una ampliación de plazo → Se reconoce mayores gastos generales variables</b>	
Causal de ampliación de plazo (artículo 200 del RLCE)	Mayores gastos generales variables
Por atrasos no atribuibles al contratista Por atrasos atribuibles a la entidad Por caso fortuito o fuerza mayor	Usando el cálculo ordenado en el primer párrafo del artículo 202 del RLCE
Por paralización no atribuible al contratista	Los debidamente acreditados
Por aprobación de un adicional	No se concede

Al ser los mayores gastos generales variables, efecto directo del otorgamiento de una ampliación de plazo, en opinión nuestra, con este artículo se estaría regulando un tipo de resarcimiento del daño pactado. En analogía podría compararse con la cláusula penal, dado que toda modificación del contrato implica que las partes ya no están en las mismas condiciones iniciales en las que pactaron precio y plazo. Y, para evitar que se rompa el equilibrio económico del contrato, la norma en contratación pública para el caso en particular, establece un mecanismo de reconoci-

miento económico a favor del contratista, por los daños pecuniarios que impliquen mayor plazo al comprometido.

Siendo ello así, como conclusión preliminar, se podrá anotar que el derecho a la ampliación de plazo no sólo contiene un plazo adicional para ejecutar la obra, sino que ésta, a su vez, implica —en los casos establecidos en el RLCE— el reconocimiento económico, que la norma ha denominado como mayor gasto general variable.

A pesar de que, como ya se ha desarrollado, nuestra opinión no coincide con lo alegado por la entidad respecto a su propuesta de interpretación del «plazo necesario», no obstante corresponde analizar lo señalado por las partes respecto a la dación de los mayores gastos generales variables.

Para lo cual, en primer lugar, se deberá comprender qué son los mayores gastos generales variables. El anexo de definiciones desarrolla tres conceptos relacionados, como se aprecia a continuación:

**27. Gastos Generales:**

Son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio.

**28. Gastos Generales Fijos:**

Son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.

**29. Gastos Generales Variables:**

Son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo del todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.

De estas definiciones se puede esbozar que los mayores gastos generales variables, son los costos que están relacionados a la actividad empresarial efectuada por el contratista para la ejecución de la obra, que no están incluidos en las partidas a ejecutar y que, además, se hallan directamente vinculados por el tiempo de ejecución de la obra.

Como es lógico, esta definición puede comprender diversos conceptos como —a modo de ejemplo— profesionales en obra, gastos de representación, campamentos, luz y comida de los mismos, entre otros; por lo que en vista de que la determinación de cada uno de los mayores gastos generales variables puede ser profusa y, por ende, engorrosa, la normativa aplicable ha establecido un cálculo para su dación, salvo en los casos de paralización de obra y cuando se tiene presupuestos específicos.

Por tanto, en opinión nuestra, la discusión que se propició entre las partes respecto a que el contratista está reclamando mayores costos supuestamente encubiertos en el concepto de mayores gastos generales variables, además de no ser materia arbitrable, resulta innecesaria para efectos de la resolución del caso puesto a conocimiento del tribunal arbitral.

No obstante nuestra posición, se debe reconocer que es un tema controversial en el medio, polémica que en palabras de Eric Franco se resume en lo siguiente:

[...] Acá viene el tema de cómo se plantean los reclamos: se plantean como ampliaciones de plazo para tener un monto de plazos [...] y normalmente no se plantean como reclamos por aceleración, porque el contratista dice «Yo recibí 24 meses para la obra y calculé que me ibas a pagar 24 meses de gastos generales, si se han demorado seis meses más, me corresponden los seis meses y eso se incorpora a mi presupuesto como un ingreso para mí, en vista de que yo he sido eficiente y me he demorado menos, deberías igual pagarme lo que me correspondería en el plazo»; ésta es una solución artificial.

La no artificial podría ser «yo, al ser eficiente, he usado más recursos y te reclamo por aceleración».<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> FRANCO REGJO, Eric. *Loc. cit.*

Esta polémica resulta ser —en opinión nuestra— de corte más académico, pues lo que se discute son conceptos abstractos respecto a qué está detrás del interés del contratista al solicitar una ampliación de plazo.

Sin embargo, en la realidad siempre se estará frente al interés económico del contratista, ya sea para cubrir los mayores gastos generales variables o para cubrir su aceleración producida por la arbitraria deneatoria de una ampliación de plazo.

Como bien señala el citado autor, terminan siendo soluciones igualmente válidas, sólo una artificial y la otra «real».

### CONCLUSIÓN FINAL

El plazo necesario no es un presupuesto base para otorgar una ampliación de plazo.

Finalmente, a modo de resumen de lo desarrollado en este problema jurídico II, se tiene el siguiente cuadro, donde se exponen los motivos por los cuales —en opinión nuestra— no es correcto entender que el artículo 201 del RLCE, en el extremo que señala: «que el plazo adicional resulte necesario para la culminación de obra», establece un requisito o presupuesto base adicional a los ya establecidos en el artículo 200 del RLCE.

Argumentos a favor	Contraargumentos
<p>Las partes «pactaron», por un lado, penalidades a favor de la entidad, así como ampliación de plazo más mayores gastos generales a favor del contratista, para evitar posibles perjuicios económicos ocasionados por el no cumplimiento del plazo preestablecido.</p> <p>Por lo que una ampliación de plazo termina siendo un derecho que tiene el contratista.</p>	

<p>Toda solicitud de ampliación de plazo se debe evaluar con el CAO; de lo contrario se dejaría de observar el artículo 200 y el 201 del RLCE.</p>	
<p>El método <i>critical path</i> o PERT/CPM, únicamente determina el plazo necesario para la ejecución de la obra, sin importar la holgura ganada o la holgura natural de las partidas.</p>	
<p>Fácticamente, para la evaluación de procedencia de una ampliación de plazo, se puede prescindir del extremo en discusión, tan es así que la prueba es que la anterior y la actual norma en contratación pública prescinden del extremo en discusión.</p>	
<p>El extremo bajo análisis resulta una ambigüedad, dado que si se afecta la ruta crítica, es evidente que brota como consecuencia natural la «necesidad» de la dación del plazo adicional.</p>	
<p>Ni en el supuesto en el que la propia entidad otorgue una ampliación de plazo con mayores gastos generales variables y ese plazo no sea, finalmente, usado por el contratista, podría pretender la devolución de los mayores gastos generales variables, porque no implica una reducción de metas.</p>	
<p>Que el contratista termine en un plazo menor al establecido, involucra necesaria e inevitablemente que se ejecutó con un rendimiento superior (que implica mayores costos) al inicialmente ofertado.</p>	<p>Se trataría de un reclamo por aceleración y no por ampliación de plazo.</p>
<p>El efecto o la consecuencia jurídica del otorgamiento de una ampliación de plazo, es el pago de los mayores gastos generales variables. La norma pública lo ordena así y siendo éste un derecho su restricción, debe ser explícita y expresa, de lo contrario sería en un abuso de derecho.</p>	<p>Los mayores gastos generales variables son costos que tienen que ver con el plazo de ejecución, por lo que si ha culminado la obra, estos ya no se usaran para su fin.</p>

<p>Los mecanismo previstos por la normativa en contratación pública o los contractuales siempre terminan siendo «artificiales» a lo que realmente pueda ocurrir en la ejecución contractual, por lo que deben de ser cumplidas por el principio <i>pacta sunt servanda</i>.</p>	
---	--

### 3.2. De los problemas jurídicos en materia de derecho civil

➤ **PRINCIPAL III:** Determinar desde cuándo se computa el interés moratorio de la obligación dineraria reclamada en el laudo.

**SECUNDARIO III:**

- ¿Cuándo surge la obligación de pagar los mayores gastos generales variables?
- ¿Las pretensiones se reclamaron antes del inicio del proceso arbitral?
- ¿Cuándo se efectuó la intimación en mora?

Parte de las pretensiones controvertidas en el presente proceso arbitral versaron sobre el pago de intereses derivados del reconocimiento de los mayores gastos generales variables por el pretendido derecho de las ampliaciones de plazo.

De forma preliminar se debe analizar cuál es la regulación de los mayores gastos generales, para determinar desde qué momento el contratista puede exigir su pago y, si fuera el caso, desde qué momento estaría la entidad en demora en el pago de los mismos.

#### (i) De la obligación de pagar mayores gastos generales variables y del pago de intereses por la demora

Como ya ha sido desarrollado en el problema jurídico anterior, el derecho a la ampliación tiene como efecto directo, además del plazo, (únicamente en los casos establecidos en el RLCE), el reconocimiento económico, que la norma ha denominado como mayor gasto general variable.

Una vez reconocida la ampliación de plazo, nace conjuntamente la obligación de la entidad de pagar mayores gastos generales a favor del contratista, según corresponda en cada causal, en concordancia con el artículo 202 del RLCE, el cual establece lo siguiente:

<b>Regla general: Se concede una ampliación de plazo → Se reconoce mayores gastos generales variables</b>	
Causal de ampliación de plazo (artículo 200 del RLCE)	Mayores gastos generales variables
Por atrasos no atribuibles al contratista Por atrasos atribuibles a la entidad Por caso fortuito o fuerza mayor	Usando el cálculo ordenado en el primer párrafo del artículo 202 del RLCE
Por causa de una paralización no atribuible al contratista	Los debidamente acreditados
Por aprobación de un adicional	No se concede

A su vez, el artículo 204 del RLCE regula cómo se efectuará el pago de los mayores gastos generales, en el supuesto en el que sea la misma entidad quien reconozca la ampliación de plazo y los mayores gastos generales variables:

**Artículo 204.- Pago de Gastos Generales**  
 Para el pago de los mayores gastos generales se formulará una Valorización de Mayores Gastos Generales, la cual deberá ser presentada por el residente al inspector o supervisor; dicho profesional en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización la elevará a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. La Entidad deberá cancelar dicha valorización en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor.  
 A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de esta valorización, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244\*, 1245\* y 1246\* del Código Civil. Para el pago de intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes.

Conviene analizar el artículo anterior, a pesar de que en el presente caso el pago de mayores gastos generales variables se reconocieron mediante el laudo y eso cambia el procedimiento administrativo de pago.

Sin embargo, en el segundo párrafo del artículo en cuestión se establece que el vencimiento o «el posible retraso en el pago», propiciarán que el contratista tenga derecho al reconocimiento de intereses legales, de conformidad —según se lee— con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil.

Ello permite advertir que el legislador está reconociendo que, siendo la obligación de pagar mayores gastos generales variables una de tipo dineraria, corresponde también cumplir con la obligación accesoria de pagar intereses frente a una demora o retraso en el cumplimiento de la obligación principal.

Como bien señala Díez-Picazo,

La obligación de pagar intereses es una obligación accesoria de la obligación principal de restitución o de entrega del capital disfrutado o utilizado.<sup>26</sup>

A su vez, Barchi reconoce que:

La prestación de pagar intereses sólo puede existir en dependencia de esa otra obligación de restitución o de entrega de dinero o de bienes fungibles, a la que aparece subordinada. En otras palabras, la deuda de intereses no tiene entidad autónoma.<sup>27</sup>

Ello resulta importante, dado que permite entender que si no existe el reconocimiento de los mayores gastos generales, no se podría determinar de forma alguna el pago de intereses devengados por éstos. Por lo que, de forma preliminar, se debe concluir que el pago de intereses por la demora en el pago de los mayores gastos generales variables está condicionado al momento en el que se reconozca el derecho de los segundos.

<sup>26</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid, 1986, 2.ª edición, vol. I, p. 489.

<sup>27</sup> BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. «El régimen de intereses en el Código Civil peruano». Revista *Temas de Derecho*. Lima, p. 19.

Ahora bien, el pago de intereses a que refiere la demora, es el moratorio, ya que es éste el que tiene la finalidad de indemnizar la mora en el pago, como señala el propio artículo 1242 del Código Civil. En palabras de Barchi:

Los intereses moratorios constituyen la indemnización por los daños ocasionados por la no devolución del dinero o de los bienes fungibles en el momento debido. Se trata de una presunción *iure et de iure*; es decir, que el legislador asume que por el retardo culposo en la devolución del dinero o del bien fungible el acreedor sufre un daño y como se expresa en el artículo 1324 del Código Civil: «sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno».<sup>28</sup>

Se aprecia cómo el legislador advierte que la demora culposa puede o no ocasionar daños, pero existe a favor del acreedor una presunción que resuelve el tema de la probabilidad y de la probanza, puesto que se presume la existencia de los daños que cause la demora correspondiendo ser indemnizados a partir de la constitución en mora, como lo establece el artículo 1324 del Código Civil: «la obligación de pagar intereses moratorios se devenga desde que el deudor queda constituido en mora».

Por lo que la constitución en mora termina siendo el eje central de la obligación de pagar o no intereses, ya que de esta manera resulta evidente la necesidad de que se cumplan determinados requisitos para que se configure la mora del deudor y, por ende, el cómputo de intereses.

Como bien resume el profesor Mario Castillo Freyre, para comprobar la mora se debe verificar los siguientes elementos:

Para que se configure la mora deben concurrir una serie de elementos: debe haber un retraso en el cumplimiento, el cual debe ser imputable al deudor; el cumplimiento aún debe ser posible y

---

<sup>28</sup> *Ibidem.*

todavía debe ser útil para el acreedor; y, como regla, el acreedor debió de haber requerido el cumplimiento.<sup>29</sup>

Corresponde, entonces, verificar los elementos de la mora en el presente caso arbitral.

**(ii) La verificación de los elementos de la mora en el presente caso**

Que el cumplimiento sea posible y todavía sea útil para el acreedor. Respecto a este elemento, y teniendo en consideración el que la obligación de pagar mayores gastos generales variables es dineraria, resulta evidente que su cumplimiento deviene posible y útil en el tiempo.

Que exista un retraso en el cumplimiento, que sea imputable al deudor y que el acreedor haya requerido el cumplimiento.

Respecto a estos elementos, las solicitudes de ampliaciones fueron tramitadas dentro del plazo de ejecución contractual en el año 2011; sin embargo, fueron desestimadas por la entidad. Seguidamente, fueron controvertidas en vía arbitral, cuya solicitud de arbitraje data de fecha 3 de octubre de 2011, como se aprecia de los hechos descritos en el presente informe.

Se debe indicar que a pesar de haber sido desestimadas por la entidad, aún no se puede verificar que hubo retraso en el cumplimiento de la obligación de pagar mayores gastos generales, dado que no existe o no hay certeza de que se haya generado el derecho.

Sin embargo, al ser controvertidas en el proceso arbitral, se entiende que el contratista pretende el derecho y requiere el cumplimiento del mismo a través de sus pretensiones de demanda; por lo que la hipótesis

---

<sup>29</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho de las obligaciones*. Colección «Lo esencial del Derecho». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, n.º 13, p. 151.

que el contratista sustenta en el proceso, es que hay un retraso en el cumplimiento, que es imputable a la entidad (por la negativa «arbitraria» de la entidad de denegar las ampliaciones de plazo) y que el contratista requiere el pago con la presentación de la solicitud arbitral.

Ahora bien, se debe tener en cuenta el hecho de que las pretensiones controvertidas buscan, por un lado, plazo; y, por otro lado, el reconocimiento económico correspondiente de los mayores gastos generales variables.

Por lo que, al no tener certeza sobre en qué medida será procedente cada ampliación de plazo; y, por lo mismo, a cuánto ascenderá el monto de mayores gastos generales variables a reconocer, la determinación de la obligación de dar suma de dinero, finalmente, se efectuará con la emisión del laudo.

Siendo ello así, corresponde aplicar el artículo 1334 del Código Civil, que a la letra indica lo siguiente:

**Mora en obligaciones de dar sumas de dinero**

**Artículo 1334°.-** En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

Con la atingencia de que cuando el artículo señala «resolución judicial», para el caso debe leerse como «laudo arbitral». Tanto es así, que en la octava disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071, norma que regula el arbitraje, se indica que para los efectos de la mora, regulados en el artículo 1334 del Código Civil, se entenderá demanda como recepción de la solicitud de arbitraje, como se puede apreciar del tenor de la citada disposición:

**OCTAVA. Mora y resolución de contrato.**

Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334 y 1428 del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

En atención a que el laudo, finalmente, reconoció una de las pretensiones respecto a la ampliación de plazo n.º 27 y su correspondiente pago de mayores gastos generales variables por treinticinco días calendario, se entiende que existe el retraso contabilizado a partir de la solicitud de arbitraje.

**CONCLUSIÓN FINAL****El pago de intereses debe ser contabilizado a partir de la solicitud de arbitraje de la ampliación de plazo n.º 27**

Entonces, para el caso materia de análisis, queda demostrado que la intimación en mora se configuró con la solicitud de arbitraje, por lo que corresponde contabilizar el interés desde la fecha en la que fue notificada la parte demandada con la solicitud de arbitraje de la ampliación de plazo n.º 27. Asimismo, se debe precisar que el pago de intereses debe ser calculado con la tasa legal, dado que no medió acuerdo de las partes respecto a la tasa a aplicar.

**3.3. De los problemas jurídicos en materia de derecho arbitral****Primer problema jurídico en materia de derecho arbitral**

➤ **PRINCIPAL IV:** Determinar si corresponde o no emitir un laudo parcial en los términos solicitados por la parte demandada.

**SECUNDARIO IV:**

¿El pedido de Laudo Parcial puede ser de oficio o a pedido de parte?

¿Un laudo parcial siempre debe estar en función a la materia controvertida?

¿Determinar si es materia arbitrable el hecho de evaluar si hubo o no responsabilidad administrativa en la tramitación del adicional?

En el escrito de contestación de demanda, la entidad solicita a través de un otrosí, se emita un laudo parcial respecto de la primera pretensión, para determinar si existe o no responsabilidad de la entidad por el trámite de aprobación ante la CGR; con el objeto de que se precise desde cuándo se computa dicha responsabilidad y el número de días en los que se afectó la ruta crítica.

El pedido de la entidad se vincula a la primera pretensión de la demanda del contratista, que versa sobre la ampliación de plazo n.º 27, que fue solicitada bajo la causal de «causas no atribuibles al contratista», por la demora en la aprobación del adicional n.º 10 por la CGR, hecho que afectó la ruta crítica del calendario de obra vigente.

A entender de la entidad, los plazos de tramitación del adicional eran de conocimiento del contratista y la entidad cumplió con los plazos establecidos en la directiva; por lo tanto, si existe alguna demora en la aprobación, no es un hecho atribuible a la entidad, sino al contratista que debió prever la posible afectación de la tramitación del adicional en cuestión.

### **(i) Delimitación y evaluación del pedido de laudo parcial**

En el presente ítem se desarrollará si el pedido de laudo parcial debió ser admitido o rechazado por el tribunal arbitral; es decir, si existe alguna razón que obligue a emitirlo, así como la naturaleza del laudo parcial y cuáles son los límites que tiene la emisión de laudos parciales; todo ello, con la finalidad de determinar si en el proceso arbitral correspondió o no emitir un laudo parcial para verificar si hubo responsabilidad de la entidad en la demora en la aprobación del adicional n.º 10.

Para ello se debe analizar la figura del laudo parcial, remitiéndonos al artículo 54 del Decreto Legislativo n.º 1071, mediante el cual el legislador otorga la facultad al tribunal arbitral de decidir si la controversia se resuelve en un solo laudo o en laudos parciales, según señala el propio artículo:

**Artículo 54.- Laudos.**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

Como se puede apreciar en la norma que regula el arbitraje, no se indica una definición de lo que se entiende por laudo parcial; no obstante, se puede advertir que su emisión es parte de las facultades que ostenta todo tribunal arbitral.

Esta facultad puede verse limitada, siempre que medie un acuerdo entre las partes que establezca lo contrario, como bien señala el profesor Cantuarias:

[...] el reconocimiento de que los árbitros dentro de las actuaciones arbitrales tienen la facultad de dictar, salvo acuerdo en contrario de las partes, uno o más laudos que resuelvan de manera definitiva todo o parte de la controversia sometida a su conocimiento.<sup>30</sup>

No obstante, entender al laudo parcial como una facultad que tienen los árbitros no resulta suficiente, por lo que será pertinente remitirnos a lo que la doctrina considera como una definición.

Para Manuel Villa-García, se definiría en los términos siguientes:

El laudo parcial es la decisión definitiva que toma el tribunal arbitral respecto a una parte de la controversia que puede referirse a aspectos de forma o de fondo y que no resuelve de manera total el proceso arbitral. En tal sentido, durante un proceso arbitral, el tribunal a cargo podrá expedir tantos laudos parciales como así lo requieran las circunstancias.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Los laudos parciales en la nueva ley de arbitraje: características y efectos». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2009, vol. n.º 9, p. 70.

<sup>31</sup> VILLA-GARCÍA, Manuel. «El laudo parcial y el momento para impugnarlo vía el recurso de anulación». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2009, vol. n.º 9, p. 102.

Consideración compartida por el profesor Cantuarias, quien señala que un laudo parcial «está referido a aquellos laudos que resuelven de manera definitiva parte de la controversia sometida a conocimiento de un tribunal arbitral, dejando pendiente de resolver (sea en otro laudo parcial o en el laudo final) el resto del conflicto».<sup>32</sup>

La doctrina peruana, coincide con la extranjera, según se advierte en la definición de Gary Born quien manifiesta que «un laudo parcial es una decisión que pone fin en parte, pero no en toda la controversia del arbitraje, dejando algunas cuestiones para una resolución futura en el procedimiento arbitral».<sup>33</sup>

Esto nos permite concluir que un laudo parcial termina siendo un laudo que goza de todos sus efectos, con la única diferencia de que no pone fin a las actuaciones arbitrales, como sí lo hace un laudo definitivo. Por lo que, como todo laudo, debe ser motivado y debe resolver parte de la controversia puesta a conocimiento del tribunal arbitral.

Entonces, encontramos una primera «limitación» respecto a la expedición de un laudo parcial; y ella centralmente está relacionada con la materia controvertida puesta a conocimiento del tribunal arbitral, la misma que se enmarca en su propia competencia.

Seguidamente, consideramos que en buena cuenta otra «limitación» a la expedición de un laudo parcial es que el tribunal arbitral —dentro de sus criterios de buen saber y entender— deba evaluar la conveniencia de que se resuelvan anticipadamente ciertas materias.

---

<sup>32</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Fondo Editorial de la UPC, 2007, p. 297.

<sup>33</sup> BORN, Gary. «International Commercial Arbitration». La Haya-Londres: Kluwer International Law, second edition, 2014, p. 3014. Traducción libre: «Most national laws and institutional arbitration rules provide for a variety of different types of arbitral awards, including final awards, partial awards, interim awards consent awards and default awards».

### En palabras de Felipe Osterling y Alfonso Rebaza:

La práctica arbitral enseña que es conveniente y útil para las partes la resolución de controversias que sirvan como premisas para aspectos más complejos de la misma, lo cual permitiría evitar un dispendio de actividad procesal. Es el caso de las controversias cuya solución pasa por el análisis de presupuestos esenciales de definir antes de entrar al fondo del tema, o a una actividad probatoria compleja que sólo resultaría pertinente en tanto las cuestiones previas hayan sido resueltas.<sup>34</sup>

En la misma línea argumentativa, los profesores Cantuarias y Caivano sostienen que «con frecuencia se observan en la práctica casos en los que es conveniente —sino necesario— resolver algunas de las cuestiones sometidas a arbitraje con carácter previo a otras, de modo de evitar un dispendio de actividad procesal».<sup>35</sup>

Esbozada una definición de laudo parcial, el mismo que puede ser emitido de oficio o a pedido de parte, y teniendo en cuenta que como toda facultad del tribunal arbitral, debe ser ejercida con el criterio del buen saber y entender en beneficio de la resolución de la materia controvertida, corresponde admitir que todo laudo parcial debe ser expedido dentro de los límites de la competencia del tribunal arbitral, y que responda a la conveniencia y/o utilidad para la solución final de la controversia.

### CONCLUSIÓN FINAL

Ahora corresponde analizar si el pedido del laudo parcial se halla dentro de la competencia otorgada al tribunal arbitral y/o si se vincula a la materia

<sup>34</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y Alfonso REBAZA GONZÁLEZ. Alcances sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos. Perú, p. 7. En <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Alcances%20sobre%20la%20expedicion%20de%20laudos.pdf>.

<sup>35</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 7, p. 73.

controvertida respecto a la ampliación de plazo n.º 27, la misma que fue solicitada bajo la causal de «causas no atribuibles al contratista» por la demora en la aprobación del adicional n.º 10 por la CGR, hecho que afectó la ruta crítica del calendario de obra vigente.

Como ya ha sido desarrollado en el primer problema jurídico del presente informe, lo alegado por la entidad giró en torno a que el contratista tenía pleno conocimiento del plazo que tomaría la aprobación de un adicional superior al 15%, por lo que en su consideración, al no haber retraso por parte de la entidad en la tramitación, la demora en la aprobación no configura una causa no atribuible al contratista y que, además, tampoco se trataba de un hecho atribuible a la entidad, dado que ésta habría cumplido con los plazos de la directiva de aprobación de adicional ante la CGR.

Es así que el pedido de laudo parcial formulado por la entidad buscaba que, primero, se determine si existió o no responsabilidad de Pro-vías en la demora en la tramitación del adicional n.º 10.

Por su parte, el contratista se opuso a la emisión del laudo parcial, dado que —en su consideración—, no era materia arbitrable la verificación de responsabilidades administrativas internas del Estado.

En opinión nuestra, el pretendido objeto del laudo parcial busca verificar si se cumplió o no los plazos establecidos en la directiva para que, de esta forma, se verifique que, supuestamente, no constituye una causa atribuible al contratista.

Sobre el particular, consideramos que ello excede de la competencia de los árbitros, por dos razones.

La primera razón radica en que —en los términos en que fue propuesto el pedido de laudo parcial— el convenio arbitral, incluido en el contrato de obra, no habilitaría que se puedan controvertir aspectos ajenos

y externos a la ejecución contractual, por lo que el tribunal arbitral carece de competencia para determinar responsabilidades administrativas de la entidad dentro de un trámite al interior del órgano de control.

La segunda razón, considerando la posible «intención» de fondo del pedido de laudo parcial —esto es, que se determine que la demora no constituye una causa atribuible a la entidad porque, supuestamente, sí se cumplieron los plazos para la tramitación del adicional—, responde a que en opinión nuestra, para la determinación de procedencia de la ampliación de plazo n.º 27, no es necesario determinar si se cumplieron o no los plazos del trámite de aprobación del adicional n.º 10, pues únicamente importará verificar si existe afectación a la ruta crítica y si el hecho que la produjo resulta o no atribuible al contratista.

Ello, debido a que, a consideración nuestra la determinación de la causa no atribuible no tiene que ver con la tramitación del adicional en sí, sino con los efectos en el tiempo que pueda tener la misma en la propia ejecución contractual. Como ya se explicó y desarrolló en el primer problema jurídico, las partes, al regular «el procedimiento de aprobación de un adicional superior al 15%», lo único que dejaron preestablecido es la forma o el trámite que se ha de seguir para comprometer nuevos recursos públicos en obras adicionales, pero esto no puede significar que se esté distribuyendo el riesgo de soportar los posibles efectos en el plazo contractual.

Finalmente, y sin perjuicio de lo señalado en el rubro del «límite de competencia», respecto a la conveniencia de la expedición del laudo parcial en la resolución de la controversia, se considera que para la verificación de los requisitos —tanto de fondo como de forma— de procedencia de una ampliación de plazo, su evaluación debe ser conjunta, no resultando conveniente analizar separadamente sus requisitos y/o presupuestos.

Por lo tanto, coincidimos con la decisión del tribunal arbitral, en el sentido de desestimar el pedido de laudo parcial pretendido por la parte demandada; primero, porque no es materia arbitrable la determinación de responsabilidades; y, segundo, porque tampoco resulta conveniente analizar los requisitos de procedencia de la ampliación de plazo por separado.

### Segundo problema jurídico en materia de derecho arbitral.

➤ **PRINCIPAL V:** Determinar si el laudo emitido por el Tribunal arbitral ha incurrido en las causales denunciadas en el recurso de anulación planteado por la entidad.

**SECUNDARIO V:**

¿Las causales de anulación de Laudo reguladas en el artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071 son de carácter taxativo, esto es, *numerus clausus*?

¿La décimo segunda disposición complementaria del Decreto legislativo N° 1071 y el artículo 52.3 de la LCE<sup>7</sup> regulan nuevas causales de anulación de laudo?

Como se puede apreciar de los hechos del presente informe, una vez emitido el laudo y la resolución que resuelve los recursos presentados por las partes contra el laudo, la entidad interpuso recurso de anulación contra los mismos, en atención a que se habría incurrido en la causal dispuesta en la duodécima disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071, debido a que la motivación del laudo era incongruente, aparente y defectuosa, lo que vulneraría su derecho a la debida motivación.

Debe precisarse que en los fundamentos de hecho y de derecho desarrollados por la entidad, se hizo alusión a que el tribunal arbitral habría dejado de aplicar el extremo relativo a «que el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra», del artículo 201 del RLCE; y que, siendo esta norma de orden público, hace que el laudo —a criterio de la entidad— incurra en causal de anulación.

Asimismo, la entidad argumentó que el tribunal arbitral no se había pronunciado respecto al hecho de que el contratista culminó la ejecu-

ción de la obra dentro del plazo establecido y con holgura, dejando de aplicar el artículo 201 del RLCE, inobservancia que tampoco —a su entender— había sido motivada en el laudo.

A través de un escrito posterior, la entidad precisó que las causales invocadas eran dos: la duodécima disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071, en el extremo del supuesto vicio de motivación; y el artículo 52.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1017, modificada por Ley n.º 29873, vigente desde el 1 de junio de 2012, en el extremo de que no se observa el orden de preferencia normativa.

Lo planteado por la entidad en su recurso de anulación, parte de premisas que no compartimos en absoluto. La primera, la misma que ha sido desarrollada en el segundo problema jurídico del presente informe, radica en considerar de forma literal que «la necesidad para la culminación de obra» deba ser entendida como un requisito de procedencia de ampliación de plazo.

La segunda premisa errónea versa respecto a la forma desordenada en cómo se enuncian las supuestas causales en las que supuestamente incurre para su anulación el laudo arbitral; dado que, primero, invoca una supuesta vulneración al derecho a la debida motivación —denunciando con ello que el tribunal arbitral omitió emitir pronunciamiento respecto al hecho de que la obra terminó—, para seguidamente acoplarla a un supuesto de inaplicación de una disposición legal (artículo 201 del RLCE) para, finalmente, denunciar que no se ha observado el orden de preferencia normativa.

Sin perjuicio de ello y en aras de analizar si realmente el laudo termina incurriendo o no en una causal de anulación, corresponde continuar con el desarrollo propuesto de los problemas jurídicos secundarios, que nos permitirán resolver la problemática central de si el laudo puede o no incurrir en alguna causal por una supuesta inaplicación de alguna disposición normativa.

Para lo cual corresponde analizar: (i) si el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 enumera las causales de anulación con un carácter taxativo; y (ii) determinar si la duodécima disposición complementaria del Decreto legislativo n.º 1071 y el artículo 52.3 de la LCE,<sup>36</sup> configuran nuevas causales de anulación de laudo.

### (i) Las causales de anulación de laudo

Preliminarmente, conviene indicar que el recurso de anulación de laudo, tal como está regulado por el artículo 62 del Decreto Legislativo n.º 1071, constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por único objeto la revisión de su validez, como se aprecia de su propio tenor:

**TÍTULO VI  
ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DEL LAUDO**

**Artículo 62.- Recurso de anulación.**

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Resulta inevitable enfatizar que este dispositivo legal señala que la revisión de validez del laudo debe estar en función a las causales «taxativamente» establecidas en el artículo 63 del mismo cuerpo normativo.

La expresión «taxativamente» responde a la naturaleza excepcional del recurso de anulación de laudo. En palabras de distintos autores: «la ley busca que el recurso de anulación constituya una situación absolu-

<sup>36</sup> Se precisa que la Ley de Contrataciones del Estado a que se hace referencia, es el Decreto Legislativo n.º 1017, modificado por la Ley n.º 29873, vigente desde 1 de junio de 2012.

tamente excepcional, que no pueda dar lugar a articulaciones maliciosas de las partes, de allí que su naturaleza sea la de un *numerus clausus*».<sup>37</sup>

Ello responde a distintas razones, como bien indican los profesores Juan Luis Avendaño y Raffo Velásquez Meléndez:

Si queremos que el arbitraje sea una real alternativa al Poder Judicial para resolver conflictos y no un simple mecanismo para obtener un consejo, es necesario que la decisión arbitral goce de exigibilidad y eficacia. Por tanto, no debe bastar con la decisión unilateral de una de las partes en desconocer el convenio arbitral que suscribió antes para sortear la eficacia de la decisión, sino que, al contrario, se debe conferir a esa decisión el máximo nivel de protección jurídicamente posible para que sea eficaz, lo que no niega obviamente alguna posibilidad de control judicial [...] el ejercicio de tal derecho se hace viable a través del llamado recurso de anulación de laudo, que supone dilatar la tutela jurisdiccional efectiva, ya que exige esperar hasta el final del arbitraje para activar el control judicial y además limita las posibilidades de tutela, dado que la revisión judicial sólo procede por causales taxativamente previstas y no por cualquier injusticia que se invoque.<sup>38</sup>

Por lo que —en opinión nuestra— siendo el recurso de anulación de laudo de carácter excepcional, se justifica que sus causales sean las que taxativamente han sido establecidas por el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, no admitiendo que se sumen a ellas otras causales adicionales.

<sup>37</sup> CASTILLO FREYRE, Mario, RITA SABROSO MINAYA, LAURA CASTRO ZAPATA y JHOEL CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje*. Lima: Thomson Reuters ECB Ediciones, 2014, primera parte, p. 957.

<sup>38</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis y RAFFO VELÁSQUEZ MELÉNDEZ. «Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio». En *Revista Peruana de Derecho Constitucional: Control Constitucional y Arbitraje*. Lima, 2011, n.º 4, pp. 80-81.

Ahora bien, en atención a la remisión efectuada por el propio artículo que define el recurso de anulación de laudo, corresponde analizar el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, el mismo que establece siete causales de anulación.

Siendo que el objeto del presente problema jurídico no está enfocado en el desarrollo profuso de todas las causales de anulación, éstas sólo se desarrollarán de forma genérica.

Para ello, conviene citar a Hugo Sologuren, quien concluye de forma genérica en lo siguiente:

De la lectura de estas causales de anulación establecidas en la ley de arbitraje vigente, se aprecia que todas se encuentran relacionadas con cuestiones de forma que deben observarse a lo largo del proceso. Ninguna de estas causales permite que la Corte Superior pueda —al resolver el recurso de anulación planteado— revisar, opinar respecto a, o corregir los argumentos legales o fácticos usados por el tribunal arbitral al momento de resolver la cuestión controvertida.<sup>39</sup>

Compartimos esta conclusión, dado que de la lectura del artículo 63 se advierte que todas las causales están enfocadas en evaluar aspectos únicamente de forma, lo cual se condice con la proscripción establecida en el numeral 2 del artículo 62 del Decreto Legislativo n.º 1071, que señala lo siguiente:

**Artículo 62.- Recurso de anulación.**

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

<sup>39</sup> SOLOGUREN, Hugo. «El orden de preferencia en la aplicación del derecho. De la causal de anulación de laudo establecida en la Ley n.º 29873 a la Nueva Ley de Contrataciones del Estado - Ley n.º 30225». En *Revista de Arbitraje PUCP*. Lima, 2012, año II, n.º 2, p. 202.

A modo de conclusión preliminar, en opinión nuestra, las causales de anulación son taxativamente las reguladas en el artículo 63 y las mismas responden a criterios estrictamente formales; en palabras del profesor Caivano, que hacemos nuestras: «[...] el objetivo del recurso de anulación de laudo, no es el de revisar el contenido del mismo en cuanto al fondo de lo resuelto por los árbitros, sino controlar que éstos hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que las legislaciones de los respectivos países hayan considerado indispensables para la buena administración de justicia.<sup>40</sup>

Los recaudos a los que hace alusión Caivano son —en el Perú— los que exclusivamente han sido incorporados en el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la naturaleza de toda causal de anulación obedece al cumplimiento de dos requisitos, como bien indica Sologuren y los mismos radican en:

[...] las causales de anulación de laudo planteadas por la norma, y por la doctrina, deben cumplir necesariamente con dos requisitos a saber. Primero, que impliquen la prohibición de forma expresa o tácita a los jueces que conocerán el recurso de anulación, de conocer el fondo de la controversia; y segundo, que la interposición del recurso de anulación de laudo obedezca a causales expresamente señaladas en la norma, y que hagan referencia a vicios procedimentales.<sup>41</sup>

Por lo tanto, el principio de taxatividad, leído en congruencia con los requisitos que debe cumplir toda causal de anulación, permite arribar a la conclusión de que no debería admitirse la invocación de nuevas causales de anulación de laudo, y entender al artículo 63 como uno tipo *numerus clausus*.

---

<sup>40</sup> CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 288.

<sup>41</sup> SOLOGUREN CALMET-PONTE, Hugo. «El orden de preferencia en la aplicación del derecho. De la causal de anulación de laudo establecida en la Ley n.º 29873 a la Nueva Ley de Contrataciones del Estado - Ley n.º 30225». En *Revista de Arbitraje PUCP*. Lima, 2012, año II, n.º 2., p. 204.

**(ii) Determinar si la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto legislativo n° 1071 configura una nueva causal de anulación.**

Sin perjuicio de la conclusión a la que hemos arribado en el ítem anterior, corresponde efectuar el análisis de lo regulado en la Duodécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo n.° 1071, el mismo que a la letra indica lo siguiente:

**DUODÉCIMA. Acciones de garantía.**

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Sobre el particular, en opinión nuestra, resulta evidente que con esta disposición no se está regulando de forma alguna una causal de anulación de laudo, sino que se hace remisión a lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional, el mismo que en su artículo 5 regula las causales de improcedencia para el inicio de un proceso constitucional. Específicamente, respecto al numeral 2 del mencionado artículo, se indica lo siguiente:

**Artículo 5.- Causales de improcedencia**

No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus<sup>2</sup>;

Como se aprecia, lo que se dispone con la misma es que será improcedente un proceso constitucional cuando exista una vía específica igualmente satisfactoria, entendiéndose ella como el recurso de anulación de laudo para hacer valer derechos constitucionales.

Por lo tanto, y siendo congruentes con la anterior conclusión de la taxatividad del artículo 63 del Decreto Legislativo n.° 1071, la «causal»

aludida por la entidad invocando esta disposición complementaria no configura, en estricto, una causal de anulación de laudo.

**(iii) Determinar si el artículo 52.3° de la LCE configura una nueva causal de anulación.**

Al respecto, y sin perjuicio de la conclusión a la que hemos arribado respecto a la taxatividad de las causales, debemos analizar si el artículo 52.3 de la LCE, modificada mediante Ley n.° 29873, corresponde o no a una causal de anulación de laudo.

El artículo en cuestión establece lo siguiente:

**Artículo 52°.- Solución de controversias**  
(...)  
52.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.

Esta modificatoria estableció una obligación a ser cumplida por el tribunal arbitral, el mismo que deberá observar el orden de preferencia normativa al emitir su decisión final. Consideración que, en opinión nuestra, guarda congruencia y se reitera lo regulado en la cláusula tercera del propio contrato de obra, donde se estableció que para efectos de la interpretación de los documentos contractuales, corresponde tener en consideración el orden de prelación.

Lo polémico del artículo modificado es el hecho de que en su literalidad, afirma que el incumplimiento de esta obligación configuraría una causal de anulación del laudo.

Sobre el particular, además de reafirmarnos en la taxatividad del artículo 63 del Decreto Legislativo n.° 1071, corresponde desarrollar

otras razones que impiden entender el artículo 52.3 de la LCE, modificada mediante Ley n.º 29873, como una nueva causal de anulación.

Una de las razones se genera tras la respuesta a la pregunta ¿qué se pretende proteger con el orden de preferencia o prelación normativa? Cuestión que ya la doctrina ha desarrollado, como es el caso de Hugo Sologuren, quien señala lo siguiente:

Sin embargo, ¿que se estaba vulnerando realmente con la causal de anulación de la Ley n.º 29873 que obligaba a respetar el orden de prelación para la solución de las controversias en el arbitraje?, si tenemos en cuenta que el legislador analizaría si el tribunal arbitral tuvo observancia de este orden al momento de resolver la controversia, ¿este análisis se podría considerar como un análisis de forma, tal como se había indicado en las páginas precedentes? Nuestra posición —así como la de muchos que analizaron en su momento esta medida— es que este análisis no se enmarcaba en un análisis de forma, tal como estipula la teoría arbitral, sino que lo que se llevaba a cabo era una revisión del razonamiento o la forma cómo se habían estructurado los argumentos del tribunal arbitral en el laudo. Y es, justamente, por esta razón, que el arbitraje corría el riesgo de ser considerado con el tiempo, como una instancia judicial más, necesaria para llegar a aquella instancia que finalmente tomaría la decisión definitiva respecto a la controversia: la Corte Superior.<sup>42</sup>

La conclusión o respuesta a la que arriba Sologuren resulta lógica, dado que —como ya se ha señalado— todas las causales de anulación reguladas por el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 están enfocadas necesariamente en aspectos formales del laudo; por lo que comparativos la posición del autor y consideramos que ésta es un razón adicional y contundente para no considerar al artículo en cuestión como una nueva causal de anulación.

---

<sup>42</sup> *Idem*, p. 204.

Ello tiene sentido, como bien señala Sologuren, dado que el orden de preferencia normativa implicaría ineludiblemente una revisión del razonamiento o la forma en cómo están ordenados los considerandos en el laudo emitido en el proceso arbitral; análisis que desarrollarían salas comerciales pertinentes, las mismas que tendrían que evaluar e identificar el «error» en la interpretación y la prelación normativa del laudo, lo que implicaría que busquen o pretendan «subsanan» ese error anulando el laudo. Ello desnaturalizaría el recurso de anulación.

Como bien indica Sologuren:

La anulación de laudo —entendido como un medio de control de la actividad arbitral— tiene como finalidad, evitar un posible exceso por parte de los árbitros, por lo que no debe estar dirigido a revisar el fondo de la controversia, en tanto que lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada. Y es justamente por esto, que el fundamento principal del recurso de anulación de laudo, no es el de corregir errores ocasionados por los árbitros, sino el de garantizar el derecho a la tutela judicial establecido en la Constitución.<sup>43</sup>

Por lo tanto, por esas razones, en opinión nuestra, tampoco se puede considerar el artículo 52.3 de la LCE, modificada mediante Ley n.º 29873, como una nueva causal de anulación.

## CONCLUSIÓN FINAL

Tal como fue planteado el recurso de anulación de laudo por la entidad, y atención a los argumentos esgrimidos en el desarrollo en los problemas secundarios, corresponde finalmente concluir que no se ha incurrido en ninguna causal sustentada en el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071.

---

<sup>43</sup> *Idem*, p. 200.

## CUARTA PARTE

### 4. NUESTRA POSICIÓN EN TORNO AL MODO COMO FUE RESUELTA LA CONTROVERSI

#### 4.1. *Respecto del laudo arbitral emitido por unanimidad en el proceso arbitral*

La materia controvertida encargada para su solución al tribunal arbitral versa sobre la procedencia de las ampliaciones de plazo n.ºs 27, 31 y 36, con sus respectivos mayores gastos generales, así como que se declare que el retraso no es imputable a OHL, para que se le exonere de cualquier penalidad; y, por último, el reconocimiento de los intereses legales derivados de los montos de las anteriores pretensiones.

Por lo que, para efectos de emitir opinión en torno a cómo fue resuelta cada pretensión de la demanda en el laudo, ellas se agruparán por ampliación de plazo, englobando el análisis realizado por el tribunal arbitral para resolver la materia controvertida.

#### **Sobre la ampliación de plazo n.º 27**

- (a) Determinar si corresponde o no declarar que OHL tiene derecho a la Ampliación de plazo n.º 27 por ciento diecinueve (119) días, como consecuencia de la demora por parte de la Contraloría General de la República en emitir la autorización para la ejecución del Presupuesto Adicional n.º 10.
- (b) En caso se desestime el punto (a), determinar si corresponde o no declarar que el retraso en la ejecución del Contrato no es imputable a OHL y, en consecuencia, se le exonere de cualquier penalidad o responsabilidad por este retraso.
- (c) Determinar si corresponde o no ordenar a Provías Nacional pagar a OHL, la suma de S/.4'034,464.70 (incluido el I.G.V.) por concepto de Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo n.º 27 por ciento diecinueve (119) días calendarios.

En atención a que la parte demandante había solicitado que se determinen las responsabilidades de la entidad frente a la CGR, en la tramitación del adicional de obra n.º 10, el tribunal arbitral parte aclarando que no es materia controvertida del proceso arbitral el que se determine si existieron o no responsabilidades por parte de Provías en la demora en la aprobación del adicional n.º 10 de la CGR, así como tampoco es materia controvertida si el contratista siguió o no el procedimiento del artículo 201 del RLCE, ni si la entidad cumplió con el trámite ante la CGR.

Con lo afirmado, por un lado, el tribunal inicia su análisis señalando que no es un hecho controvertido que el contratista haya cumplido con los plazos para la tramitación de la ampliación de plazo, por lo que se tiene por entendido que se cumplieron las exigencias de forma del artículo 201 del RLCE.

Por otro lado, el tribunal deja sentado aquello sobre lo que no se va a pronunciar y prosigue señalando que la materia controvertida radica en determinar si la demora por parte de la CGR en la aprobación del adicional n.º 10 constituye una causal de ampliación de plazo y si dicha causal modificó la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, en cumplimiento del artículo 200 del RLCE.

Sobre este punto, conviene emitir una primera consideración, pues (i) al delimitar su propia competencia el tribunal arbitral está indicando correctamente que se pronunciará sobre si la demora constituye una causal y si con ello se afectó o no la ruta crítica. Como ya se trató en el presente informe, resultan ser los dos requisitos base para evaluar la procedencia de una ampliación de plazo.

Lo que es aún más relevante, es el hecho de que con esta delimitación, el tribunal arbitral implícitamente considera que la evaluación de la imputabilidad; es decir, de la configuración de la causal, no está relacionada al cumplimiento o no de los plazos, o si la entidad tiene

responsabilidad sobre la demora en la aprobación del adicional n.º 10 por parte de la CGR; dado que la identificación de la causa atribuible no tiene que ver con la tramitación del adicional en sí, sino únicamente con los efectos que se puedan o no ocasionar en la ejecución de la obra. Opinión compartida en congruencia con lo ya desarrollado en los problemas jurídicos 1 y 2 del presente informe.

Seguidamente, el tribunal arbitral verifica si la causal es o no atribuible al contratista, para lo cual se remite a la Resolución Ministerial n.º 291-2011-MTC/02, mediante la cual se aprobó el adicional n.º 10, la misma que indica que el presupuesto adicional surge por hechos imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato. Del mismo modo, el tribunal desarrolla por qué no es atendible lo alegado por la entidad referente a que el adicional se tramitó con demora por parte del contratista, concluyendo en que la entidad no ha probado que el adicional debió tramitarse antes de la fecha presentada, ya que se aludió que existían los ensayos correspondientes desde noviembre y diciembre del 2010; sin embargo, la propia entidad señaló que también existieron unos últimos ensayos de marzo del 2011, fecha en que, finalmente, se tramitó el adicional.

Ahondando a lo desarrollado por el tribunal —consideraciones con los que concordamos—, se debe añadir que tampoco genera convicción lo señalado por la entidad, en el extremo de que se debió tramitar con anterioridad, porque la obligación de anotar la necesidad del adicional —y con ello que se active la contabilización de plazos para su tramitación— recae en el contratista y también en el supervisor, lo cual induce a considerar que la necesidad pudo haber sido advertida también por la supervisión, supuesto que tampoco se dio en los hechos.

Por otro lado, se observa la verificación de la afectación de la ruta crítica realizada por el tribunal arbitral, la misma que basó su análisis en las afirmaciones y en los documentos presentados por las partes. Como resultado de ello, concluyó que el contratista no ha acreditado que la

afectación de la ruta crítica haya sido en 119 dc; no obstante, está lejos de ser un hecho negado por la entidad, sino hasta afirmado en diversos escritos por la misma, mediante los cuales se indica que sí hubo una afectación en, al menos, 35 dc. Por lo que para el tribunal arbitral se constató una afectación de la ruta crítica en 35 dc.

Finalmente, el tribunal arbitral desarrolla por qué no es atendible lo indicado por la entidad, respecto a que la obra ya concluyó sin la necesidad de aprobar la ampliación de plazo n.º 27.

En sus considerandos señala que: (i) se evaluó la ampliación en la oportunidad de su presentación (29 de agosto de 2011); (ii) el contratista ganó un derecho de ampliación de plazo que en nada merma la conclusión de la obra; (iii) que no es materia arbitrable la determinación de las causas por las cuales el contratista terminó dentro del plazo; y (iv) incluso en la ejecución de un contrato, se podría presentar el supuesto en el cual la propia entidad conceda una ampliación de plazo y que el contratista termine la obra antes de la finalización del plazo contractual ampliado, y en ese caso la entidad no podría desconocer que se otorgó bien la ampliación.

Sobre lo señalado por el tribunal arbitral, consideramos que se efectuó un análisis correcto del artículo 200 del RLCE, dado que la evaluación de la afectación de la ruta crítica se realiza sobre un determinado momento, que es en la presentación de la solicitud de ampliación de plazo, materializado en un determinado CAOV, que es el vigente y no otro; ello por disposición del propio RLCE.

Además, también coincidimos con la conclusión de que la ampliación de plazo termina siendo un derecho ganado por el contratista en un determinado momento, que no asistirá razón lógica y congruente con la normativa y que se vea restringido por la eficiencia de terminar antes la obra.

Asimismo, en opinión nuestra, se debe precisar lo antes desarrollado en el problema jurídico n.º 2 del presente informe, en el cual se detallan las razones jurídicas, mediante las cuales se demuestra que no es correcta la interpretación propuesta por la entidad sobre el artículo 201 del RLCE.

Por lo que conviene, traer nuevamente a colación el cuadro de las razones que asisten nuestra posición:

ARGUMENTOS A FAVOR	CONTRAARGUMENTOS
Las partes «pactaron» por un lado penalidades a favor de la entidad, así como ampliación de plazo más mayores gastos generales a favor del contratista, para evitar posibles perjuicios económicos ocasionados por el no cumplimiento del plazo preestablecido. Por lo que una ampliación de plazo termina siendo un derecho que tiene el contratista.	
Toda solicitud de ampliación de plazo se debe evaluar con el CAO; de lo contrario, se dejaría de observar el artículo 200 y el artículo 201 del RLCE.	
El método <i>critical path</i> o PERT/CPM únicamente determina el plazo necesario para la ejecución de la obra, sin importar la holgura ganada o la holgura natural de las partidas.	
Fácticamente para la evaluación de procedencia de una ampliación de plazo se puede prescindir del extremo en discusión, tan es así que la prueba es que la anterior y la actual norma en contratación pública prescinden del extremo en discusión.	
El extremo en discusión resulta una ambigüedad, dado que si se afecta la ruta crítica es evidente que brota como consecuencia natural la «necesidad» de la dación del mismo.	

<p>Ni en el supuesto en el que la propia entidad otorgue una ampliación de plazo con mayores gastos generales variables y ese plazo no sea finalmente usado por el contratista, se podría pretender la devolución de los mayores gastos generales variables, porque no implica una reducción de metas.</p>	
<p>Que el contratista termine en un plazo menor al establecido, involucra necesaria e inevitablemente que se ejecutó con un rendimiento superior (que implica mayores costos) al inicialmente ofertado.</p>	<p>Se trataría de un reclamo por aceleración y no por ampliación de plazo</p>
<p>El efecto o la consecuencia jurídica del otorgamiento de una ampliación de plazo es el pago de los mayores gastos generales variables. La norma pública lo ordena así; y siendo éste un derecho, su restricción debe ser explícita y expresa, de lo contrario sería un abuso de derecho.</p>	<p>Los mayores gastos generales variables son costos que tienen que ver con el plazo de ejecución, por lo que si ha culminado la obra, éstos ya no se usarán para su fin</p>
<p>Los mecanismos previstos por la normativa en contratación pública o los contractuales siempre terminan siendo «artificiales» a lo que realmente pueda ocurrir en la ejecución contractual, por lo que deben de ser cumplidas por el principio <i>pacta sunt servanda</i>.</p>	

Finalmente, sobre la pretensión del reconocimiento de los mayores gastos generales, el tribunal arbitral determinó que le corresponde el reconocimiento de mayores gastos generales por 35 dc, bajo el cálculo establecido por el artículo 203 del RLCE, siendo que el derecho a una ampliación de plazo produce como efecto directo el pago de mayores gastos generales, sin la necesidad de que ellos estén acreditados, pues la causal de procedencia de ampliación de plazo es la causal del numeral 1, por lo que correspondería aplicar los artículos 202 y 203 del RLCE.

Sobre el particular, nuestra opinión coincide plenamente con la del tribunal, por las razones antes expuestas en el cuadro del numeral anterior.

### **Sobre la ampliación de plazo n.º 31**

- (d) Determinar si corresponde o no declarar que OHL tiene derecho a la Ampliación de Plazo n.º 31 por un (1) día calendario, por no haber podido realizar ninguna actividad constructiva debido a la «XLI Edición del Gran Premio Nacional de Carreteras Caminos del Inca 2011 Emilio Bellido».
- (e) En caso se desestime el punto (d), determinar si corresponde o no declarar que el retraso en la ejecución del Contrato no es imputable a OHL y, en consecuencia, se le exonere de cualquier penalidad o responsabilidad por este retraso.
- (f) Determinar si corresponde o no ordenar a Provías Nacional pagar a OHL, la suma de S/.34,265.44 (incluido I.G.V.) por concepto de Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo n.º 31 por un (1) día calendario.

El tribunal inicia su análisis señalando que no es un hecho controvertido que el contratista haya cumplido con los plazos para la tramitación de la ampliación de plazo, por lo que se tiene por entendido que se cumplieron las exigencias de forma del artículo 201 del RLCE.

Siendo ello así, el colegiado prosigue en la evaluación del cumplimiento de los requisitos de fondo o presupuesto base: causal no atribuible al contratista (la misma que debe enmarcarse en una de las causales establecidas en el artículo 200 del RLCE) y afectación de la ruta crítica del calendario vigente en el momento de solicitada la ampliación de plazo.

Sobre la constatación de la ruta crítica, el tribunal concluyó en que no se ha acreditado que el día 28 de septiembre del 2011, se haya programado la ejecución de alguna o algunas de las partidas críticas que el contratista afirma se afectaron.

Asimismo, el tribunal valorando la pericia ofrecida por el contratista, indica que no le generó convicción lo señalado por el perito respecto a que —en opinión del mismo— sólo basta constatar que no se ejecutó ninguna actividad en un día, para que se arribe a la conclusión de que se afectaran partidas críticas y no críticas, dando como resultado la necesidad de ampliar el plazo programado. Conclusión que no comparte el tribunal, por lo que considera que al no probarse la afectación de la ruta crítica, no se cumple con el requisito de fondo de los artículos 200 y 201 del RLCE, consideración con la que concordamos.

Ahora, sin perjuicio de que no se cumplió con el requisito anterior, el tribunal procedió a analizar la configuración de la causa atribuible, indicando que, en su opinión, al contratista no le era posible calendarizar la carretera un año antes de su realización; sin embargo, ello no prueba la afectación de la ruta crítica, por lo que corresponde no declarar el derecho a la ampliación de plazo n.º 31.

En opinión nuestra, coincidimos con el tribunal respecto a que no se constató la afectación de la ruta crítica, máxime cuando el método del PERT/PCM contiene partidas no críticas que permiten que algunas actividades puedan ser ejecutadas en las fechas más próximas o más lejanas, sin que ello presuponga una afectación al programa vigente, por lo que no habiéndose constatado dicho requisito no procedería la ampliación de plazo.

Habiéndose denegado esta pretensión, corresponde analizar la pretensión que busca exonerar al contratista de la aplicación de una penalidad, respecto a la cual se debe afirmar que como se terminó la obra dentro del plazo contractual, carece de objeto pronunciarse sobre esta pretensión declarativa.

Finalmente, sobre los mayores gastos generales, como resulta lógico no existe sustento para su otorgamiento, cuando la ampliación de plazo

que los habilitaría ha sido denegada, no correspondiendo mayor análisis al respecto.

### **Sobre la ampliación de plazo n.º 36**

- (g) Determinar si corresponde o no declarar que OHL tiene derecho a la Ampliación del plazo n.º 36 por seis (6) días calendario, por la demora de Provias Nacional en notificar la Resolución que aprobó el Presupuesto Adicional n.º 12.
- (h) En caso se desestime el punto (g), determinar si corresponde o no declarar que el retraso en la ejecución del Contrato no es imputable a OHL y, en consecuencia, se le exonere de cualquier penalidad o responsabilidad por este retraso.
- (i) Determinar si corresponde o no ordenar a Provias Nacional pagar a OHL, la suma de S/.206,685.67 (Incluido I.G.V.) por concepto de Gastos Generales correspondientes a la Ampliación de Plazo n.º 32 por seis (6) días calendario.

El tribunal arbitral inicia su análisis aclarando que no es materia controvertida del proceso arbitral la competencia especial que ostenta la CGR, así como tampoco constituye materia controvertida si la entidad cumplió con el trámite ante la CGR.

Una vez establecidas las materias sobre las que no se va a pronunciar, el tribunal afirma que la materia controvertida radica en determinar si la demora de la entidad en notificar la Resolución Ministerial n.º 771-2011-MTC/02, mediante la cual se aprobó el adicional n.º 12, constituye una causal de ampliación de plazo y si dicha causal modificó la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente, en cumplimiento del artículo 200 del RLCE.

Asimismo, el tribunal advierte que no es un hecho controvertido que el contratista haya cumplido con los plazos para la tramitación de la ampliación de plazo, por lo que se entiende que se cumplieron las exigencias de forma del artículo 201 del RLCE.

Sobre este punto, conviene emitir una primera consideración pues (i) al delimitar su propia competencia el tribunal arbitral está indicando correctamente que se pronunciará sobre si la demora en la notificación de la resolución constituye una causal de ampliación; y (ii) si producto de ello, se afectó o no la ruta crítica, que, como ya se trató en el presente informe, resultan ser los dos requisitos base para evaluar la procedencia de una ampliación de plazo.

Lo que es aún más relevante, es el hecho de que con esta delimitación, el tribunal arbitral implícitamente considera que la evaluación de la imputabilidad —es decir, de la configuración de la causal— no está relacionada al cumplimiento o no de los plazos, o si la entidad tiene responsabilidad sobre la demora en la aprobación del adicional n.º 10 por parte de la CGR; dado que la identificación de la causa atribuible no tiene que ver con la tramitación del adicional en sí, sino únicamente con los efectos que puedan o no ocasionar en la ejecución de la obra; opinión compartida en congruencia con lo desarrollado en los problemas jurídicos 1 y 2 del presente informe.

Sobre la constatación de la afectación de la ruta crítica, el tribunal arbitral concluye en que el contratista no ha probado la afectación, debido a que: (i) no se han identificado las partidas afectadas; (ii) la supervisión en este caso concuerda con lo indicado en que no se ha sustentado la afectación de la ruta crítica; y (iii) ni el perito ha podido determinar qué partidas se habrían afectado.

En opinión nuestra, también coincidimos con el tribunal respecto a que no se constató la afectación de la ruta crítica. Ello, en atención a que el artículo 201 establece que la solicitud de ampliación de plazo debe contar con el debido sustento y cuantificación, circunstancia que no ha sido atendida por el contratista. Por lo que no se cumple con el requisito de fondo de acreditar la afectación de la ruta crítica.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, sobre la configuración de la causal, el tribunal señala que coincide con el perito, al determinar que resulta aplicable al caso el artículo 207 del RLCE, referente al cumplimiento de los plazos por parte de entidad; sin embargo, sobre esta conclusión, nuestra opinión difiere de lo indicado por el tribunal, dado que consideramos que la notificación tardía de la resolución que aprueba el adicional, no resulta una circunstancia que haya afectado realmente la ruta crítica, en tanto que no cambia la ejecución de las partidas aprobadas, dado que este adicional n.º 12 no podría ejecutarse, pues previamente la Contraloría debió emitir su aprobación.

Habiéndose denegado esta pretensión, corresponde analizar la pretensión que busca exonerar al contratista de la aplicación de una penalidad, respecto a la cual se debe afirmar que como se terminó la obra dentro del plazo contractual, carece de objeto pronunciarse sobre esta pretensión declarativa, coincidiendo con el colegiado en el laudo.

Finalmente, sobre los mayores gastos generales, como resulta lógico, no existe sustento para su otorgamiento, cuando la ampliación de plazo que lo habilitaría ha sido denegada, no correspondiendo mayor análisis al respecto.

### **Sobre los interés legales**

- (j) Determinar si corresponde o no reconocer y ordenar a Provías Nacional el pago de los intereses legales sobre todos y cada uno de los montos que el Tribunal Arbitral ordene pagar a favor de OHL.

En lo que respecta a la pretensión del reconocimiento de los intereses legales, el tribunal arbitral centra su pronunciamiento únicamente sobre los intereses derivados del pago de los mayores gastos generales variables de la ampliación de plazo n.º 27, declarada fundada en parte por 35 dc en el laudo.

Parte de su análisis se enfoca en el hecho de que considera que el pago de los mayores gastos generales variables, es una obligación de dar suma de dinero, por lo que corresponde el pago de intereses; y, en atención a que no existe pacto sobre qué tasa de interés se aplicará, el colegiado determina que se aplicará la tasa legal para el cálculo de los mismos.

Sobre el particular, y como fue desarrollado en el tercer problema jurídico del presente informe, coincidimos con lo señalado por el tribunal arbitral respecto a que la obligación de pagar mayores gastos generales variables es una de dar suma de dinero y es la principal, por lo que corresponde cumplir con su obligación accesoria: pagar intereses frente a la demora o retraso en el cumplimiento de la obligación principal.

Sin embargo, consideramos que el tribunal arbitral se equivoca al determinar desde cuándo se computan los intereses legales reconocidos, dado que para consideración del colegiado la constitución en mora se realizó con la notificación de la demanda arbitral, en aplicación del artículo 1334 Código Civil, que a su letra indica lo siguiente:

**Mora en obligaciones de dar sumas de dinero**

**Artículo 1334º.-** En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

No obstante, en nuestra opinión, el tribunal arbitral omitió lo dispuesto por la octava disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071, en la que se indica que para efectos de la mora regulados en el artículo 1334 del Código Civil, se entenderá demanda como recepción de la solicitud de arbitraje, como se puede apreciar del tenor de la disposición:

**OCTAVA. Mora y resolución de contrato.**

Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334 y 1428 del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

Por lo tanto, diferimos del laudo únicamente en el extremo de la determinación de la fecha en que se computan los intereses legales, los mismos que deberían ser contabilizados desde la fecha de recepción de la solicitud de arbitraje de ampliación de plazo n.º 27, esto es, desde el 3 de octubre de 2011.

#### ***4.1. Respetto de la sentencia de la Sala Comercial***

La Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima tuvo a su cargo el conocimiento del recurso de anulación interpuesto por la entidad contra el laudo y contra la resolución que resuelve los recursos contra el laudo, invocando como causales lo establecido por la duodécima disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071, debido a que la motivación del laudo era supuestamente incongruente, aparente y defectuosa, lo que vulneraría su derecho a la debida motivación; y, por escrito posterior, precisó que la otra causal denunciada era la establecida por el artículo 52.3 de la LCE, modificada mediante Ley n.º 29873, es decir, por la prelación normativa, respecto a la supuesta inaplicación del extremo «que el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra» del artículo 201 del RLCE.

Para nosotros la invocación de lo alegado por la entidad, no configuran causales válidas de anulación de laudo, siendo que no se hallan en la lista *numerus clausus* del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071. Coincidimos plenamente con la primera premisa de la Sala Comercial, la misma que en su considerando quinto, indicó que lo establecido en la duodécima disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071, no puede entenderse como una causal adicional a las ya previstas, pero si en atención al principio *iura novit curia* es posible de ser inter-

pretada dentro de la causal establecida en el artículo 63, literal b), que a la letra señala lo siguiente:

**Artículo 63.- Causales de anulación.**

1. El laudo sólo 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.

Ello, en atención a que la entidad al plantear el recurso de anulación denunció una inexistente, indebida o incongruente motivación en el laudo; y esto responde a hacer valer sus derechos, en específico el derecho al debido proceso, por indebida motivación.

Sobre el particular, bien señala la Sala Comercial, que para proceder con la evaluación de la presente causal, corresponde de forma previa verificar el cumplimiento del requisito señalado en el numeral 2 del artículo 63, que establece lo siguiente:

**Artículo 63.- Causales de anulación.**

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

Requisito que radica en que se haya efectuado el reclamo de forma expresa dentro del proceso arbitral.

Por lo que, habiendo la entidad presentado diversos recursos contra el laudo en los que centralmente aludía a la indebida motivación, se tuvo por cumplido el requisito procedimental que exige el artículo para la procedencia de la causal en cuestión.

Finalmente, respecto a esta causal, la Sala Comercial procedió a analizar si el tribunal arbitral había cumplido con emitir pronuncia-

miento respecto a los puntos cuestionados por la entidad y si había cumplido con motivar su decisión, concluyendo en su décimo considerando que el tribunal sí ha emitido pronunciamiento sobre el artículo 201 del RLCE y ha motivado su decisión.

Por lo tanto, en opinión que compartimos plenamente, la Sala Comercial determinó que el laudo no había incurrido en la causal enunciada en el literal b del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, debido a que en los fundamentos 1.6 a 1.8 del laudo se advierte la motivación respecto a por qué, si se considera una afectación de la ruta crítica por 35 dc, y que ello ha sido un hecho aceptado por la entidad, como se constata en diversos medios probatorios, como la Resolución Viceministerial n.º 415-2011-MTC/02.

Respecto a la interpretación del artículo 201 del RLCE, también se advierte en el laudo que se desarrolló las razones por las cuales el tribunal arbitral no coincide con lo alegado por la entidad, razón por la cual se advierte que lo que realmente denuncia la entidad, es que no compartan su interpretación.

Seguidamente, la Sala Comercial se pronunció respecto a la segunda «causal» invocada por la entidad, respecto al supuesto vicio de no haber aplicado el artículo 201 del RLCE (disposición de orden público), incurriendo supuestamente en la causal del artículo 52.3 de la LCE, modificada mediante Ley n.º 29873.

Al respecto, la Sala Comercial señaló que lo regulado por el artículo enunciado en el párrafo anterior no puede entenderse como una causal adicional a las ya previstas, por el principio de taxatividad de las causales, pero si en atención al principio *iura novit curia* es posible de ser interpretada dentro de la causal establecida en el artículo 63, literal b), que a la letra señala lo siguiente:

**Artículo 63.- Causales de anulación.**

1. El laudo sólo 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.

Ello, en atención a que la parte demandante, en el recurso de anulación, denunció la inaplicación de una norma de orden público (el artículo 201 del RLCE) corresponde encasillar lo alegado como una posible vulneración al debido proceso, que —como bien indica la Sala Comercial— engloba el derecho a la debida motivación.

Sobre el particular, bien señala la Sala Comercial al decir que para proceder con la evaluación de la presente causal, corresponde de forma previa verificar el cumplimiento del requisito señalado en el numeral 2 del artículo 63, que establece que se haya efectuado previamente el reclamo de forma expresa dentro del proceso arbitral.

Por lo tanto, y a modo de conclusión, al verificar el cumplimiento de este requisito, se advirtió que la entidad no invocó en ningún momento del proceso arbitral, la vulneración o inobservancia del orden de preferencia, motivo por el cual la Sala Comercial, en el considerando décimo noveno de su resolución, indica que al no haberse cumplido con este requisito, deviene en improcedente el recurso de anulación por esa causal.

## BIBLIOGRAFÍA

AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis y Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ. «Sentido de la anulación de laudo y de su sistema probatorio». En *Revista Peruana de Derecho Constitucional: Control Constitucional y Arbitraje*. Lima: 2011, n.º 4.

ACOSTA, Willman. «PERT y CPM como técnicas para la planificación de actividades o técnicas de programación de proyectos».

BARCHI VELA OCHAGA, Luciano. «El régimen de intereses en el Código Civil peruano». Lima: *Revista Temas de Derecho*.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer International Law, 2014, second edition.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Los laudos parciales en la nueva Ley de Arbitraje: características y efectos». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2009, vol. 9.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Fondo Editorial de la UPC, 2007.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 7.

CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje*. Lima: Thomson Reuters - ECB Ediciones, 2014, primera parte.

CASTILLO FREYRE, Mario: *Derecho de las obligaciones*. Colección «Lo esencial del derecho». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017.

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid, 1986, 2.<sup>a</sup> edición, vol. I.

FONSECA PRADA, Eduardo. «La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas». En *Revista de Derecho Público*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2002, n.º 14.

FRANCO REGJO, Eric. «Problemática de las ampliaciones de plazo, gastos generales y costos directos. ¿Qué lecciones aprendimos?». Ponencia sustentada en la Mesa de Intercambio del evento Curso Especializado en Derecho de la Infraestructura. Lima, 16 de junio de 2017.

FRANCO REGJO, Eric. «Reclamos por demoras, interrupciones y aceleración en proyectos de construcción». En *Temas de Direito da Construção*, 2015.

HARO SEIJAS, José. ¿Periculum est dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la contratación privada. *Revista Thémis*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 49.

LÓPEZ AVILÉS, Carlos. «Informe pericial actuado en el proceso arbitral seguido por OHL contra Provías». Lima, 2012.

OSTERLING PARODI, Felipe y Alfonso REBAZA GONZÁLEZ. *Alcances sobre la expedición de laudos parciales y sus efectos*. Lima, 2011.

RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico: introducción al derecho*. Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, 10.<sup>a</sup> edición.

SOLOGUREN, Hugo. «El orden de preferencia en la aplicación del derecho. De la causal de anulación de laudo establecida en la Ley n.º 29873 a la nueva Ley de Contrataciones del Estado - Ley n.º 30225». En *Revista de Arbitraje PUCP*, año II, n.º 02, 2012.

TAFUR SÁNCHEZ, Sergio. «Problemática de las ampliaciones de plazo, gastos generales y costos directos. ¿Qué lecciones aprendimos?». Ponencia sustentada en la Mesa de Intercambio del evento Curso Especializado en Derecho de la Infraestructura. Lima, 16 de junio de 2017.

VILLA-GARCÍA NORIEGA, Manuel. «El laudo parcial y el momento para impugnarlo vía el recurso de anulación». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2009, vol. n.º 9.

## RESOLUCIONES

Laudo arbitral, emitido el 18 de septiembre de 2014, en el caso n.º 286-56-12 del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

Voto Singular emitido por Carlos Ireijo Mitsuta en el caso n.º 286-56-12 del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima.

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2017  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
NOVIEMBRE DEL 2017, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA  
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007  
LIMA 33, PERÚ