





# PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2021



Volumen 95 *Biblioteca de Arbitraje del*  
**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

*Arbitraje*

# **Panorama actual del Arbitraje 2021**

Roger Vidal Ramos  
Coordinador

CENTRO DE  
ARBITRAJE



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ**



Universidad Católica  
**San Pablo**



Asociación Iberoamericana  
de Derecho Privado

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## **PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2021**

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
[estudio@castillofreyre.com](mailto:estudio@castillofreyre.com) - [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)
  
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
Calle Esquilache 371, San Isidro  
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401  
[www.consensos.pucp.edu.pe](http://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](http://www.ucsp.edu.pe)
  
- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO  
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia  
Telfs. +57 (4) 2398080  
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, abril 2021

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, 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 2021-08399

ISBN: 978-612-4400-44-5

Impreso en el Perú - Printed in Peru

## ÍNDICE

Nota del editor	9
Da impugnação da sentença arbitral nacional no Brasil. Análise do rol do art. 32 da Lei de Arbitragem brasileira <i>Flávio Tartuce</i> <i>Gracileia Monteiro Tartuce</i>	11
El inevitable cambio de las disputas en construcción con el <i>building information modeling</i> bajo metodologías colaborativas <i>Gustavo Paredes Carbajal</i>	55
Difusión y transparencia de la información: impacto en la seguridad jurídica arbitral <i>Angela Cristina Villate</i>	85
La viabilidad del arbitraje comercial internacional y el financiamiento por terceros: la situación de las pequeñas y medianas empresas de América Latina <i>Andrea M. Vissani</i>	103
Arbitraje Balboa vs. jurisdicción Drago: ¿un <i>round</i> más para el arbitraje? Las acciones de clase como un «golpe de suerte» del arbitraje a la jurisdicción <i>Franco Berzgero</i>	135

- Nuevos desarrollos de la jurisprudencia internacional  
en materia de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias 149  
*Eduardo Silva Romero*  
*Luis Miguel Velarde Saffer*
- El control judicial (*ab initio*) del laudo arbitral en la ejecución judicial 169  
*Sergio Natalino Casassa Casanova*
- Propuesta de arbitraje para indemnizar al competidor leal,  
nacional o extranjero, afectado por el *dumping*, práctica desleal  
del comercio internacional 189  
*Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz*
- La teoría del levantamiento de velo societario, su vinculación  
con la parte no signataria y la buena fe en el arbitraje comercial 215  
*Roger Vidal Ramos*
- ¿Puede ejecutarse un laudo con una reparación no pecuniaria  
bajo el Convenio del Ciadi y/o bajo la Convención de Nueva York? 281  
*Alonso Bedoya Denegri*
- ¿Conciliar o arbitrar?  
Análisis del costo-beneficio en las entidades públicas 299  
*Luis Enrique Ames Peralta*
- Laudos punitivos: la imposición de *punitive damages*  
en el arbitraje comercial internacional 325  
*Sergio García Long*
- Y ahora ¿quién podrá defender al Estado? Controversias derivadas  
de contratos de asociaciones público privadas:  
entre el arbitraje común y el arbitraje de inversión 423  
*Gracy Zapata Oré*  
*Miguel Ángel Pérez Caruajulca*

## NOTA DEL EDITOR

Es muy grato para la *Biblioteca de Arbitraje* el incorporar este volumen, el 95, titulado *Panorama actual de Arbitraje 2021*, coordinado por el profesor Roger Vidal Ramos, y que constituye una muy valiosa obra sobre diversas materias de actualidad, escrita por un grupo de consagrados juristas.

Son ya varios años que nuestra colección publica la serie *Panorama actual del Arbitraje*, estando convencidos de que estas obras siempre han proporcionado a nuestros lectores una visión por demás diversa y plural sobre los problemas y materias de interés que surgen en el arbitraje, los mismos que, por suerte, son infinitos.

Como hemos indicado, la obra correspondiente a este año ha sido coordinada por el doctor Roger Vidal Ramos, a quien la *Biblioteca de Arbitraje* agradece su esfuerzo y permanente contribución académica.

Lima, abril del 2021

Mario Castillo Freyre\*

---

\* Mario Castillo Freyre es abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número y miembro del consejo directivo de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)



## DA IMPUGNAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL NACIONAL NO BRASIL. ANÁLISE DO ROL DO ART. 32 DA LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA

*Flávio Tartuce\**

*Gracileia Monteiro Tartuce\*\**

**Sumário:** 1. Panorama geral sobre o tema.— 2. Natureza jurídica das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem brasileira.— 3. Análise das hipóteses de invalidade da sentença arbitral previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem brasileira.— 3.1. Nulidade da convenção de arbitragem.— 3.2. Sentença arbitral proferida por quem não poderia ser árbitro.— 3.3. Falta dos requisitos essenciais da sentença arbitral.— 3.4. Sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.— 3.5. Sentença arbitral proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva.— 3.6. Sentença arbitral proferida fora do prazo.— 3.7. Sentença arbitral que desrespeita princípios fundamentais que regem a arbitragem.— 4. Da natureza do rol do art. 32 da Lei de Arbitragem brasileira. Taxativo ou exemplificativo?— 5. Referências.

---

\* Pós-Doutorando e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Professor Titular do programa de mestrado e doutorado da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, Brasil. Coordenador dos cursos de especialização da Escola Paulista de Direito, em São Paulo. Advogado, consultor jurídico, parecerista e árbitro.

\*\* Mestre e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Advogada em São Paulo, Brasil.

## 1. PANORAMA GERAL SOBRE O TEMA

O tema central deste artigo é extremamente relevante para a arbitragem, em especial diante do fato de que a sentença prolatada na esfera da jurisdição arbitral não comporta recursos amparados em lei. Sendo assim, se nada houver sido pactuado em sentido contrário, a decisão do árbitro ou do Tribunal Arbitral torna-se definitiva e indiscutível pela coisa julgada material, que tem o escopo de dar segurança jurídica às decisões proferidas, consubstanciando a função social do instituto e a boa-fé objetiva.

De todo modo, como elucidada Felipe Sripes Wladeck, não existe qualquer óbice na Lei de Arbitragem Brasileira para que as partes formulem um sistema de recurso para atacar a sentença arbitral. Conforme os seus exatos ensinamentos, «as partes podem, perfeitamente, pactuar que a sentença arbitral estará sujeita a recurso semelhante ao de apelação do processo civil estatal de modo a permitir uma revisão ampla da sentença em grau recursal».<sup>1</sup> Em outras palavras, nota-se que as partes podem fixar, por meio de negócio jurídico processual, um sistema recursal arbitral convencionado. Informa ainda o doutrinador sobre a possibilidade de criação de recursos nos moldes dos existentes em nosso sistema jurídico estatal. Também, poderá ser criado um sistema recursal próprio e diverso do que há na jurisdição estatal.<sup>2</sup> Na prática, contudo, não é comum que as partes estabeleçam a possibilidade de recursos dentro da própria jurisdição arbitral; muito ao contrário.

Como premissa-regra, portanto, o sistema arbitral brasileiro permite que a sentença prolatada pelo árbitro possa sofrer uma análise perante a jurisdição estatal, visando à proteção do ordenamento jurídico contra sentenças ilegais. Nas palavras de Pedro Batista Martins, «não há sentença que possa ser eficaz se o procedimento tiver sido conduzido

---

<sup>1</sup> WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. São Paulo: Juspodivm, 2014, p. 85.

<sup>2</sup> WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*, cit., pp. 86-87.

com desconsideração ao devido processo legal».<sup>3</sup> Desse modo, autoriza a Lei Brasileira n.º 9.307/1996 que o Poder Judiciário, quando instado, faça um exame dessas decisões proferidas na esfera arbitral.

Cabe esclarecer, a propósito, que essa análise não equivale a um recurso contra a decisão proferida pelo árbitro ou pelo Tribunal Arbitral, não tendo ela o intuito de modificar a sentença, mas sim o de constatar se houve afronta às garantias conferidas pela Constituição Federal, pela própria Lei de Arbitragem e até por outras normas jurídicas, como aqui será desenvolvido. Nas lições de Leonardo de Faria Beraldo, «é preciso deixar claro que o Poder Judiciário não é instância revisora da jurisdição arbitral. Em outras palavras, não se pode pretender rediscutir o mérito da lide, já decidido pela sentença arbitral, junto ao juiz togado, sob pena de se violar todo o sistema da LA, especialmente os seus arts. 1 e 3».<sup>4</sup>

Como não poderia ser diferente, o controle judicial da sentença arbitral nacional só ocorre quando o Poder Judiciário é provocado. O motivo é plenamente justificado, pois somente através de um direito assegurado constitucionalmente, o *direito de ação*, é que a jurisdição estatal poderá intervir na jurisdição arbitral, em prol de uma convivência pacífica entre ambas. O direito de ação, conforme elucidada Humberto Theodoro Júnior, constitui-se no «direito subjetivo, que o particular tem contra o Estado e que se exercita pela ação, não se vincula ao direito material da parte, pois não pressupõe que aquele que o maneje venha sempre a ganhar a causa».<sup>5</sup> Ressalta-se que, após a arbitragem ser instituída, esse direito só pode ser invocado em casos pontuais, inicialmente delimitados em lei, conforme veremos.

---

<sup>3</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 314.

<sup>4</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n.º 9.307/96*. 6.ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 481.

<sup>5</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I, p. 151.

Na linha dessas palavras, este artigo procurará analisar o conteúdo do art. 32 da Lei de Arbitragem Brasileira, que elenca as hipóteses de nulificação da sentença arbitral nacional perante o Poder Judiciário, visando à sua impugnação. Um dos pontos principais investigados por este trabalho diz respeito ao debate a respeito de se tratar de um rol taxativo (*numerus clausus*) ou exemplificativo (*numerus apertus*). Também será feita, aqui, uma análise crítica do prazo para o ingresso da ação de impugnação da sentença arbitral, estabelecido no art. 33 da Lei n.º 9.307/1996, notadamente sobre a sua abrangência. Antes disso, é preciso estudar a natureza jurídica das hipóteses tratadas pela norma principal em estudo.

## 2. NATUREZA JURÍDICA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 32 DA LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA

Antes de adentrar propriamente o tema da impugnação judicial da sentença arbitral, é preciso lembrar que existe grande polêmica, doutrinária e jurisprudencial, quanto à natureza jurídica das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. Paulo Issamu Nagao, citando Barbosa Moreira e Selma Lemes, aponta que existe enorme discrepância na análise do enquadramento dessas situações como sendo de nulidade absoluta, nulidade relativa, ineficácia ou inexistência do ato.<sup>6</sup> Segundo ele, a expressão *nulidade* foi utilizada sem a devida precisão pela Lei de Arbitragem. Entende o autor que somente os casos dos incisos I, II, VI, VII e VIII do art. 32 seriam de nulidade absoluta da sentença. Nas situações dos incisos III, IV e V do referido comando, a solução deve ser a anulabilidade da sentença arbitral.<sup>7</sup>

Para o doutrinador, ainda, eventual ação judicial para impugnação da sentença arbitral pode estar relacionada com a declaração de nulidade absoluta ou com a constituição negativa da sentença —por meio de

---

<sup>6</sup> NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 273-275.

<sup>7</sup> NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*, cit., p. 276.

nulidade relativa—, no prazo de noventa dias. Além disso, cabe o reconhecimento da convalidação da anulabilidade em casos tais, inclusive com confirmação pelas partes.

Também reconhecendo problemas da norma jurídica de cuja elaboração participou, Carlos Alberto Carmona pontua que «a dicção da Lei é inexata, sendo de acolher a crítica formulada por Barbosa Moreira, ao mostrar que a maior parte dos casos apontados na lei refere-se à anulabilidade do laudo, e não a nulidades».<sup>8</sup> Do mesmo modo, com participação na elaboração da lei brasileira, pondera Pedro Batista Martins que «a ação foi tratada pelo legislador como de nulidade mas, na realidade, os casos elencados, em sua maioria, são de anulabilidade. De fato, o legislador adotou terminologia genérica ao listar as hipóteses como de *nulidade* de sentença arbitral. Conquanto o termo *nulidade* não reflita concepção estritamente técnica, a verdade é que, também, não se pode tachar a dicção do texto como vaga ou, mesmo, imprecisa. Muito embora a maioria dos casos listados no art. 32 sejam de anulabilidade e, outros, de inexistência, o fato é que a lei os generalizou. Se assim é, fiquemos com a terminologia adotada pela lei».<sup>9</sup> Para Scavone Junior, «a lei foi infeliz e demonstra profunda atecnia ao mencionar que haverá “declaração de nulidade”».<sup>10</sup> Mais à frente, destaca o Professor da Escola Paulista de Direito: «isso porque a sentença será declaratória apenas no caso de nulidade absoluta, notadamente do compromisso, jamais no caso de anulabilidade».<sup>11</sup>

Na mesma esteira, para Júlia Schledorn de Camargo, em artigo científico sobre o tema, «o controle da sentença arbitral por meio da ação anulatória trata de matéria que muito se assemelha ao controle da sentença judicial, questão intimamente relacionada à teoria das nulidades

---

<sup>8</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 398.

<sup>9</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, cit., p. 313.

<sup>10</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 6.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 231.

<sup>11</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*, cit., p. 231.

processuais, e não à teoria das nulidades dos negócios jurídicos, como se nota pela própria matéria que pode ser alegada a título de fundamento da ação anulatória.<sup>12</sup> Observe-se que a autora usa o termo *ação anulatória*.

Não se pode esquecer, nesse contexto, que, segundo a origem de sua construção, a teoria das invalidades dos atos e negócios jurídicos divide-se em duas situações, tratadas pelo Código Civil, ponto inicial da sua construção, pelo fato de ser a norma fundamental de Teoria Geral do Direito sobre o tema.

Há, inicialmente, *nulidade absoluta* ou tão somente *nulidade*, que envolve ordem pública, o que justifica a intervenção do Ministério Público e o conhecimento de ofício da nulidade (art. 168 do Código Civil Brasileiro). Os casos de nulidade absoluta, a mais grave das invalidades, estão tratados nos sete incisos do art. 166 da codificação material privada brasileira, a saber: *a)* negócio jurídico celebrado por absolutamente incapaz, sem a devida representação; *b)* quando for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; *c)* quando o motivo determinante do negócio ou ato jurídico, comum a ambas as partes, for ilícito; *d)* quando o negócio não revestir a forma prescrita em lei; *e)* se for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; *f)* tiver o negócio ou ato por objetivo fraudar lei imperativa; e *g)* se a lei taxativamente o declarar nulo (*nulidade textual* ou *expressa*), ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (*nulidade virtual* ou *implícita*).

Por outra via, a *nulidade relativa* ou *anulabilidade* é reconhecida como de menor gravidade, estando relacionada à ordem privada. Por isso, não cabe conhecimento de ofício ou intervenção do Ministério Público, podendo apenas ser pleiteada por aquele que tenha interesse patrimonial no seu reconhecimento (art. 177 do Código Civil Brasileiro). Três são as hipóteses de anulabilidade previstas no art. 171 da mesma norma: *a)*

---

<sup>12</sup> CAMARGO, Júlia Schledorn de. «A ação anulatória com base na violação à ordem pública: arbitragem». In CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.). *Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 315.

quando a lei previr a anulabilidade; *b*) se houver ato ou negócio celebrado por relativamente incapaz, sem a devida assistência; *c*) se estiver presente um dos vícios ou defeitos do negócio jurídico, caso do erro, do dolo, da coação moral, do estado de perigo, da lesão e da fraude contra credores.

Como outra diferença que merece ser destacada entre a nulidade absoluta e a relativa, no campo do direito material, é preciso lembrar que a última admite *convalidação livre*, sendo possível a cura pelo tempo (convalescimento temporal), bem como a confirmação pelas partes, de forma expressa ou tácita.<sup>13</sup> Conforme a dicção do art. 172 do Código Civil Brasileiro, o negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro. Esse ato de confirmação pela parte deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo, presente a confirmação expressa (art. 173 do Código Civil Brasileiro). Porém, admite-se também a confirmação tácita, quando a parte tem ciência do vício que acomete o negócio, mas o aceita e o pratica mesmo assim. Conforme o art. 174 do Código Civil Brasileiro, é escusada, dispensada, a confirmação expressa quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava. A confirmação expressa ou tácita gera a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor, consolidando-se um ato de aceitação do negócio anulável e se afastando definitivamente o vício (art. 175 do CC Brasileiro).

Por seu turno, a nulidade absoluta tem o efeito de extinguir o negócio desde a sua origem, admitindo-se apenas a conversão substancial como forma de convalidação, tratada pelo art. 170 do Código Civil Brasileiro. De todo modo, essa conversão tem aplicação bem restrita no Direito Civil brasileiro, não interessando a este estudo.

---

<sup>13</sup> Utilizamos como referência para essas conclusões, de um dos autores deste artigo: TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 13.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1, pp. 461-467.

Retornando ao estudo da essência do art. 32 da Lei de Arbitragem, as hipóteses ali tratadas são tanto de *invalidade material* como de *invalidade processual*.<sup>14</sup> E, como adverte Fredie Didier Jr., «o sistema de invalidades do direito civil é diferente do sistema das invalidades processuais».<sup>15</sup> Porém, ainda segundo o notável processualista, «ao sistema de invalidades processuais, todavia, aplicam-se todas as noções da teoria geral do direito sobre o plano da validade dos atos jurídicos».<sup>16</sup>

Em ambos os casos, seja de reconhecimento de invalidade material ou processual, pensamos que a nulidade que no art. 32 deve ser reconhecida pode ser tanto a absoluta quanto a relativa, na linha das lições de Paulo Issamu Nagao, antes transcritas. Segundo esse autor, reitere-se, são hipóteses de nulidade absoluta da sentença arbitral as situações tratadas nos incisos I, II, VI, VII e VIII do art. 32 da Lei de Arbitragem, a saber: *a)* quando for nula a convenção de arbitragem; *b)* quando emanar de quem não podia ser árbitro; *c)* quando restar comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; *d)* quando for proferida fora do prazo; e *e)* quando forem desrespeitados os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento.

Por outra via, nas situações dos incisos III, IV e V, segundo Paulo Issamu Nagao, teríamos hipóteses de nulidade relativa, que atualmente são apenas duas: *a)* se não contiver os requisitos da sentença arbitral (art. 26); e *b)* se proferida fora dos limites da convenção arbitral. O inciso V do art. 32 tratava de vedação de sentença parcial, a acarretar sua nulidade

---

<sup>14</sup> A propósito, o Professor Francisco José Cahali parece cair em contradição a respeito do tema. Em determinado trecho da obra, afirma: «Os vícios legais (art. 32 da Lei 9.307/1996) são de ordem material e processual; conforme o caso, relativos à sentença (enquanto instrumento jurídico), ao procedimento e até mesmo anterior a este (no caso da convenção). Existem, pois, elementos internos e externos à arbitragem que podem ensejar o rompimento do laudo» (CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 386). Mais à frente, posiciona-se da seguinte forma: «como visto, a “nulidade” referida no art. 32 da Lei Especial tem natureza processual, e como tal sucumbe à exaustão do prazo para a propositura da ação de desconstituição, ensejando a estabilização da sentença arbitral» (p. 403).

<sup>15</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17.<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 400.

<sup>16</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 1, cit., p. 400.

relativa, tendo sido revogado pela Lei n.º 13.129/2015, que passou a admitir as sentenças parciais no âmbito arbitral.

Sobre as nulidades processuais, merecem ser expostas as diferenças objetivamente tratadas por Daniel Amorim Assumpção Neves. Na nulidade relativa, assim, «o ato é considerado relativamente nulo quando praticado com inobservância de forma legal que tenha como escopo preservar o interesse das partes. A lei prevê que determinados atos processuais têm que seguir certa forma visando principalmente uma garantia aos próprios litigantes do cumprimento da promessa constitucional do devido processo legal».<sup>17</sup> Ainda de acordo com suas lições, «o principal aspecto da nulidade relativa, derivada justamente de sua razão política de existência —proteção ao interesse das partes—, é depender seu reconhecimento da alegação oportuna e adequada da parte interessada em ver tal nulidade declarada, sob “pena” de preclusão e, conseqüentemente convalidação do vício».<sup>18</sup>

Nesse contexto de afirmação, seguindo tais ensinamentos, são condições para a decretação da nulidade relativa: *a*) a existência de um pedido da parte interessada, desde que não seja responsável pelo ato viciado (art. 276 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015); *b*) resguardar a parte inocente em relação ao vício quando da decretação da nulidade relativa do ato praticado, mesmo que imperfeito, na hipótese de a decisão de mérito poder ser benéfica à parte (art. 282, § 2º, do CPC/2015); e *c*) não havendo manifestação da parte em uma primeira oportunidade, deve-se reconhecer a preclusão da matéria (art. 278 do CPC/2015).

Também segundo o autor citado, que segue a posição majoritária entre os processualistas, não se pode confundir a *nulidade relativa processual*

---

<sup>17</sup> ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. 8.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 405.

<sup>18</sup> ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 405.

com a *anulabilidade*. Dentro dessa realidade jurídica, nota-se que, enquanto o Direito Civil lida com duas modalidades de invalidades quanto ao grau, o Processo Civil trabalha com três: «para parcela da doutrina a nulidade relativa não se confunde com a anulabilidade, outra espécie de vício do ato processual. Nesse entendimento, a nulidade relativa é gerada pelo desrespeito à norma cogente (aplicação obrigatória) instituída para a tutela de interesse particular, enquanto a anulabilidade ocorre quando há violação de norma dispositiva (interessados podem deixar de aplicar por ato de vontade). Para outros, entretanto, *nulidade relativa* e *anulabilidade* são expressões que designam o mesmo fenômeno processual. A distinção é importante porque os que distinguem a nulidade relativa da anulabilidade defendem que o juiz pode conhecer de ofício a nulidade relativa (a exemplo da nulidade absoluta), sendo somente a anulabilidade pendente de requerimento da parte interessada. Entre os defensores dessa tese, há aqueles que entendem que na nulidade relativa ocorre preclusão para a parte, apesar de poder ser reconhecida de ofício pelo juiz a qualquer momento pelo juiz».<sup>19</sup> Em nossa leitura, a posição que parece prevalecer é a de uma divisão tripartida das nulidades processuais, justamente pelo fato de existirem divisões práticas entre a nulidade relativa e a anulabilidade processual, muito bem expostas por Daniel Amorim Assumpção Neves.

Por derradeiro, quanto às invalidades processuais, a *nulidade absoluta processual* é a mais grave de todas, consistindo «em ato praticado em desrespeito a exigências formais que têm como objetivo a preservação do correto e regular funcionamento da máquina jurisdicional. A nulidade absoluta, portanto, diz respeito às situações em que a forma do ato processual busca preservar algo superior ao interesse das partes. Busca-se preservar interesses de ordem pública, tratando-se a garantia do cumprimento das formas legais de verdadeira garantia de preservação do interesse público da Justiça e da boa administração jurisdicional».<sup>20</sup> Há, portanto, grande identidade entre a nulidade absoluta do Direito

---

<sup>19</sup> ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 405.

<sup>20</sup> ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 405.

Civil e a nulidade absoluta do Direito Processual Civil, conforme o ponto de congruência destacado por Fredie Didier Jr. e aqui outrora exposto.

Como se percebe, a nulidade relativa processual só será conhecida se a parte interessada, que não tenha dado causa ao vício, manifestar-se nos autos do processo na primeira oportunidade que tenha. Por outra via, a nulidade absoluta processual, por trazer questões graves de ordem pública, pode ser decretada a qualquer tempo pelo juiz. Neste último aspecto o efeito é, mais uma vez, exatamente igual ao que ocorre com a nulidade absoluta do Direito Civil, pelo que consta do art. 168, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, *in verbis*: «As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes».

De toda sorte, antes do conhecimento de ofício da nulidade absoluta, seja ela material ou processual, o juiz deve ouvir as partes envolvidas, diante da *vedação das decisões-surpresa*. Conforme determina o art. 10 do vigente Código de Processo Civil Brasileiro, «o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício». Trata-se, como visto, de importante aplicação da boa-fé objetiva processual e do princípio do contraditório.

No tocante às nulidades processuais, cabe também destacar que, na maioria das vezes, são elas sanáveis, orientadas pelo princípio da instrumentalidade das formas e pelo princípio da economia processual. A propósito dessa constatação, para Francisco José Cahali, «quando a Lei de Arbitragem diz, em seu art. 32, que “é nula a sentença arbitral”, será equivocado tratar desta nulidade pelo regime jurídico do direito material, impondo-se aplicar o sistema processual a respeito do vício e

seus efeitos».<sup>21</sup> Para ele, ainda, a sentença arbitral, para ser atacada, deverá ter como causa uma nulidade processual, somente cabendo a nulidade material se for relativa a convenção. Nesse sentido, cabe destacar sua importante lição: «a invalidade da sentença é matéria que deve ser analisada com as lentes do direito processual civil; por sua vez, a nulidade da convenção (causa legal para aquela) se apura com base nos elementos do direito civil (direito material)».<sup>22</sup>

Com o devido respeito, a conclusão trazida pelo Professor Cahali é bem questionável, especialmente no que diz respeito à efetividade da justiça. Isso porque, se seguida a sua orientação, os árbitros não estariam adstritos à análise das questões decorrentes do direito material relativas à lide, mas somente poderiam decidir sobre aspectos materiais que surgissem relativos à convenção de arbitragem. Porém, podem surgir também vícios materiais quanto a outras hipóteses de nulidade, além do inciso I do art. 32, como ocorre no caso de vício que atinge um negócio jurídico processual fixado na arbitragem, a gerar a incidência do art. 32, IV, da Lei n.º 9.307/1996. Ora, se o árbitro atua da mesma forma que um juiz togado, na essência, não estaria desenvolvendo com presteza esse serviço. Ademais, as questões que envolvem a ordem pública estariam afastadas dessa análise, o que não pode ocorrer, conforme será aqui melhor desenvolvido.

Reafirmamos, nesse contexto, que a nossa posição é no sentido de que as nulidades tratadas pelo art. 32 da Lei de Arbitragem são todas as aqui expostas, sejam de natureza absoluta ou relativa, material ou processual. No campo processual, há que se considerar a divisão tripartida entre nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade.

Para findar o tópico, cumpre destacar que a norma em estudo não trata da inexistência ou da ineficácia direta da sentença arbitral, sendo certo que alguns juristas da área admitem a possibilidade de ações com

---

<sup>21</sup> CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 384.

<sup>22</sup> CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*. 7.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 400.

tal fim. Para Leonardo de Faria Beraldo, «quando a irregularidade da sentença arbitral estiver no plano da existência ou no da eficácia, ela não deverá ser atacada por meio de ação anulatória que, sabidamente, tem natureza constitutiva negativa e visa seja decretada a invalidade da decisão. E como seria então? Conforme já adiantamos, será por meio da ação declaratória de inexistência ou de ineficácia da sentença arbitral, que tem natureza declaratória, e seu escopo, é a declaração de inexistência ou de ineficácia da sentença arbitral».<sup>23</sup> O autor, entretanto, não apresenta exemplos fáticos em que seriam cabíveis tais demandas, visando à inexistência ou à ineficácia do ato.

Seguindo a mesma posição, Francisco José Cahali, citando Teresa Arruda Alvim Wambier, assevera que «a doutrina e a jurisprudência, após calorosos debates e profundas reflexões, admitem, em situações excepcionais, a ação declaratória de inexistência de uma sentença judicial, como, por exemplo, nas situações em que o processo se desenvolveu sem a citação da parte, e por consequência, sem a sua participação, ou ainda quando proferida a sentença por quem não é o juiz».<sup>24</sup> Na sequência, o Professor da PUC-SP pontua que a teoria da inexistência da sentença igualmente deve ser aplicada ao âmbito arbitral, e «a prática na verificação dos vícios que na arbitragem podem ocorrer igualmente favorece a aplicação do regime jurídico da inexistência à sentença arbitral».<sup>25</sup>

A ação declaratória de inexistência seria cabível nos casos de ausência dos elementos mínimos de um ato ou negócio jurídico, como partes, objeto, vontade e forma. Não se olvide que, no âmbito do Direito Civil, a *teoria da inexistência* não foi adotada expressamente pela legislação brasileira, nem pelo Código Civil de 1916, nem pelo Código Civil de 2002. Diante dessa falta de previsão legal, existem grandes debates e

---

<sup>23</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 547.

<sup>24</sup> CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*, 6.ª ed., cit., p. 404.

<sup>25</sup> CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*, 6.ª ed., cit., p. 404.

resistências na sua adoção entre os civilistas. Conforme pondera o primeiro autor deste texto, como se extrai dos clássicos, a teoria da inexistência do negócio jurídico surgiu em 1808 pelo trabalho de Zacarias (ou Zacchariae), para solucionar o problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo, eis que não havia previsão no Código Francês a respeito da sua nulidade.<sup>26</sup>

Na sequência, está apontado naquela obra que, diante dessa falta de tratamento do tema em nossa legislação, alguns autores —como ele mesmo— não são adeptos da teoria da inexistência do ato ou negócio jurídico, uma vez que o Código Civil dispõe apenas sobre o negócio nulo e anulável.<sup>27</sup> Contrários à teoria da inexistência estão, a título de exemplo, Silvio Rodrigues, Maria Helena Diniz e Rubens Limongi França, todos citados pelo primeiro autor deste artigo. As críticas de Silvio Rodrigues à ideia de inexistência são bem conhecidas pela civilística nacional. Afirmava ele que a teoria da inexistência seria inexata, inútil e inconveniente, em especial pelo fato de que o Código Civil procurou resolver os seus problemas e vicissitudes no plano da validade. De qualquer forma, não se pode negar que vários doutrinadores brasileiros seguem essa teoria, consubstanciada nos três planos do negócio jurídico apontados por Pontes de Miranda, caso de Caio Mário da Silva Pereira, Marcos Bernardes de Mello, Renan Lotufo, Antonio Junqueira de Azevedo, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Francisco Amaral, Zeno Veloso e José Fernando Simão.<sup>28</sup>

Exposta a problemática sobre eventual ação declaratória de inexistência, a demanda relativa à eficácia caberá em questões relativas aos elementos acidentais da sentença, como é o caso da presença de uma condição ou de termo inicial para que ela gere efeitos. Os exemplos de ineficácia, assim, podem ser múltiplos, ou até infinitos. Em verdade, o que se percebe é que admitir ações que visem à declaração de

---

<sup>26</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 1, cit., p. 451.

<sup>27</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 1, cit., p. 452.

<sup>28</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, v. 1, cit., p. 452.

inexistência ou de ineficácia acaba enfraquecendo a limitação buscada pelo rol do art. 32 da Lei de Arbitragem Brasileira. Todavia, como se verá, a corrente que pugna pela presença de um rol exemplificativo no comando acaba por trazer as mesmas consequências.

### **3. ANÁLISE DAS HIPÓTESES DE INVALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL PREVISTAS NO ART. 32 DA LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA**

#### ***3.1. Nulidade da convenção de arbitragem***

Cabe analisar, a partir de agora, as hipóteses de nulidade da sentença arbitral previstas no art. 32 da Lei n.º 9.307/1996. Em todos os casos caberá ação declaratória de nulidade, conforme expressamente direciona o dispositivo seguinte da lei especial (art. 33 da Lei n.º 9.307/1996). De todo modo, como visto, muitos autores pontuam que o que se busca com a ação é a anulação da sentença, ou seja, está presente uma nulidade relativa. Vale lembrar que o inciso V do art. 32 foi revogado pela Lei n.º 13.129/2015, pois o sistema passou a admitir as sentenças arbitrais parciais, o que antes era motivo de nulidade.

O primeiro inciso do art. 32 prevê a nulidade da sentença arbitral quando for nula a convenção de arbitragem. O preceito, modificado pela recente Lei n.º 13.129/2015, anteriormente mencionava apenas a nulidade do compromisso de arbitragem. Assim, se o compromisso fosse nulo, em uma das hipóteses de nulidade absoluta do negócio jurídico (art. 166 do CC/2002), seria o caso de reconhecer a nulidade também da sentença arbitral. O sentido atual é mais genérico, englobando também a cláusula compromissória. Na realidade jurídica brasileira, a *convenção de arbitragem é gênero*, que engloba tanto o *compromisso arbitral* como a *cláusula compromissória*, como suas espécies. Em suma, foi louvável a modificação do texto legal, mais técnica e precisa.

No sistema anterior, sem a alteração, alguns doutrinadores entendiam que, em sendo anulável o compromisso, nula seria a sentença arbitral, caso de Alexandre Freitas Câmara. Porém, para ele, «só se pode considerar nulo o laudo se o compromisso for anulado, eis que —como se sabe— o ato anulável é apto a produzir normalmente os seus efeitos até que seja anulado».<sup>29</sup> Acredita-se que essa posição deva ser mantida com a recente alteração legislativa, aplicando-se também à cláusula compromissória. Mesmo se a convenção for anulável, a sentença arbitral é nula, por previsão na lei específica.

Sobre a nulidade da convenção, em muitas hipóteses concretas e como antes desenvolvido, tem-se debatido o desrespeito ao preceito constante do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, segundo o qual, nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição. A norma também exige que a cláusula seja celebrada por escrito e em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto do aderente contratual, especialmente para essa cláusula. Tem-se definido, no Brasil, como *patológica* a cláusula que viola esse preceito.

Sobre o tema, merece ser colacionado recente acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no Sul do Brasil, que afastou a presença de *cláusula patológica* e, portanto, nula, a gerar também a nulidade da arbitragem, em contrato de locação. Manteve-se a decisão de primeiro grau que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença arbitral. Nos termos do aresto, houve escolha «livremente realizada pelas partes, maiores e capazes, quando da confecção do contrato de locação que regula, exclusivamente, direitos patrimoniais disponíveis». Ademais, as exigências legais foram observadas, em se tratando de contrato de locação de adesão, com a sua redação em negrito e com assinatura das partes especificamente para a referida cláusula. Deduziu-se, portanto,

---

<sup>29</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei 9.307/1996*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 143.

que o compromisso arbitral foi regularmente instituído pelo árbitro e por sentença que, «identificando a validade e a eficácia da cláusula compromissória contida no contrato de locação, julgou procedente o pedido de formação arbitral». Ao final, pensamos que a nulidade foi afastada, de forma correta (TJPR, Agravo de Instrumento n.º 1252812-8, Londrina, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Ivanise Maria Tratz Martins, j. 11.09.2015, *DJPR* 05.11.2015, p. 256).

Ainda sobre o inciso I do art. 32 da Lei de Arbitragem, devem ser considerados os argumentos de Francisco José Cahali, no sentido de ser a convenção arbitral um negócio jurídico, portanto sujeito às hipóteses de nulidade absoluta previstas no art. 166 do Código Civil.<sup>30</sup> De acordo com suas lições, os vícios ou defeitos do negócio jurídico, que geram a sua anulação ou nulidade relativa, nos termos do art. 171 do Código Civil, também incidem para se reconhecer a invalidade da convenção de arbitragem e, por consequência, da sentença.<sup>31</sup> Do mesmo modo a posição de Scavone Junior, que defende a plena incidência da teoria das nulidades do negócio jurídico para a convenção de arbitragem. Como exemplo importante, a sentença arbitral será nula se o compromisso não contiver os requisitos do art. 10 da Lei de Arbitragem, presente o desrespeito à forma, previsto no art. 166, inc. IV, do Código Civil.<sup>32</sup> Como outra ilustração, cita ele a situação em que as partes têm a intenção de ter a solução de direitos indisponíveis por meio da arbitragem, como questão relativa ao estado de pessoas: «neste caso, igualmente a nulidade será absoluta por incompetência do árbitro, vez que proibida a prática do ato por Lei (art. 1 da Lei de Arbitragem, cumulado com o art. 166, VII, do Código Civil Brasileiro)».<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*, 6.ª ed., cit., p. 390.

<sup>31</sup> CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*, 6.ª ed., cit., p. 390.

<sup>32</sup> Lei n.º 9.307/1996. «Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I — o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II — o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III — a matéria que será objeto da arbitragem; e IV — o lugar em que será proferida a sentença arbitral».

<sup>33</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*, cit., p. 222.

Também será nula a sentença arbitral se a parte que celebrou a cláusula arbitral ou o compromisso for absolutamente incapaz, na forma do art. 166, inc. I, do Código Civil Brasileiro. Cite-se, também, a situação em que a convenção de arbitragem foi obtida mediante simulação, na forma do art. 167 do Código Civil Brasileiro de 2002. Vale lembrar que a simulação está presente quando as partes celebram um negócio jurídico que não exprime a verdade dos fatos, havendo uma diferença entre a aparência e a essência.

No tocante à nulidade relativa da sentença, é possível anular a convenção arbitral por erro (arts. 138 a 145 do Código Civil Brasileiro), dolo (arts. 146 a 150), coação (arts. 151 a 155), estado de perigo (art. 156) e lesão (art. 157). Apesar da difícil visualização prática, também seria possível reconhecer a sua invalidade por fraude contra credores (arts. 158 a 165 do Código Civil Brasileiro/2002). A respeito da simulação, como a lei prevê expressamente a nulidade no art. 167 da codificação material, há o enquadramento no art. 166, inc. VII, primeira parte, do Código Civil Brasileiro.<sup>34</sup>

### ***3.2. Sentença arbitral proferida por quem não poderia ser árbitro***

Analisado o primeiro preceito da norma, o inciso II do art. 32 da Lei n.º 9.307/1996 enuncia a nulidade da sentença arbitral se esta emanou de quem não podia ser árbitro. A título de exemplo, cite-se a hipótese de sentença arbitral proferida por árbitro absolutamente incapaz, que se encontrava interditado civilmente, no sistema anterior das incapacidades. Ou, ainda, de árbitro que não demonstrava discernimento quando da prolação da sentença arbitral, reconhecido como relativamente incapaz. Como se percebe, os arts. 3 e 4 do Código Civil Brasileiro, que tratam dos absoluta e relativamente incapazes, têm aplicação para a arbitragem.

---

<sup>34</sup> Com idêntica conclusão: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*, cit., pp. 222-223.

De qualquer maneira, cabe anotar que os dois últimos comandos foram recentemente alterados, no Brasil, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), com vistas à plena inclusão das pessoas com algum tipo de deficiência. Com as modificações, passaram a ser considerados absolutamente incapazes apenas os menores impúberes, ou seja, os menores de 16 anos. Não existem, pela norma modificada, absolutamente incapazes que sejam maiores de idade.

Por seu turno, como relativamente incapazes, temos: *a)* os maiores de 16 e menores de 18 anos; *b)* os ébrios habituais (alcoólatras) e os viciados em tóxicos; *c)* as pessoas que, por causa transitória ou definitiva, não puderem exprimir sua vontade; *d)* os pródigos, previsão que parece não ter incidência sobre o árbitro. Todas essas restrições incidem sobre os árbitros, como não poderia ser diferente, o que gera a invalidade da sentença arbitral.

Em outra ilustração envolvendo o inciso II do art. 32 da Lei de Arbitragem, vale novamente o exemplo de Scavone Junior, no caso de ter sido submetida aos árbitros questão sobre direitos indisponíveis, por exemplo, relativa à filiação ou a vínculo matrimonial, «o que é vedado pelo art. 1 da Lei de Arbitragem e torna a sentença nula por incompetência absoluta do árbitro», para tal matéria.<sup>35</sup> Como se pode notar, dois são os caminhos para se reconhecer a nulidade da sentença arbitral em casos tais.

Questão de debate diz respeito à possibilidade de incidência sobre o árbitro de todas as hipóteses de impedimento ou suspeição do juiz togado. Estabelece o art. 14 da Lei de Arbitragem Brasileira que estão impedidas de funcionar como árbitros as pessoas que tenham com as partes ou com o litígio que lhes for submetido algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades,

---

<sup>35</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*, cit., p. 225.

conforme previsto no Código de Processo Civil. A norma específica ainda estabelece que as pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes de aceitar a função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência (art. 14, § 1º, da Lei n.º 9.307/1996). Também está ali previsto que o árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior a esta, quando: *a*) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou *b*) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Partindo para as hipóteses previstas no Código de Processo Civil, nos termos do seu art. 144, o impedimento do juiz veda que ele exerça suas funções no processo. A primeira hipótese diz respeito ao juiz que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha. A segunda é relativa ao julgador que conheceu a demanda em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão. Também está impedido o juiz que no processo estiver postulando como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive. Está ainda impedido de julgar quando for parte no processo ele mesmo, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive. A quinta situação diz respeito à hipótese do julgador que for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo. A sexta hipótese é a do juiz que for suposto herdeiro, donatário ou empregador de qualquer uma das partes. Igualmente, não pode a pessoa julgar quando figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços. A oitava situação descrita na lei é a da situação em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório. Por fim, não pode atuar

como julgador aquele que promoveu ação contra uma das partes ou seu advogado.

Por outra via, há suspeição do juiz que: *a)* que seja amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; *b)* que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; *c)* quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; *d)* quando o magistrado for interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes (art. 145 do CPC/2015). Em qualquer uma das situações, poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões (art. 145, § 1º, do CPC/2015). Como se pode perceber, os impedimentos são absolutos, e as situações de suspeição são relativas.

*A priori*, todas as situações de impedimento e suspeição previstas no Estatuto Processual Brasileiro aplicam-se à arbitragem, com as devidas adaptações previstas no art. 14 da Lei n.º 9.307/1996. Porém, há polêmica quanto às hipóteses de impedimento que não estavam previstas no Código de Processo Civil de 1973, em especial o último inciso do art. 144 do CPC/2015. Segundo ele, haverá impedimento do juiz no caso em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório.

Quando da realização da *I Jornada de Solução Extrajudicial de Litígios*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, no Brasil, em agosto de 2016, foi feita proposta de enunciado doutrinário afastando tal preceito para a arbitragem, com o argumento de que o legislador de 1996 não previu tal situação. Além disso, argumentou-se que a regra limitaria

muito a atuação de árbitros, sendo muitas vezes impossível, especialmente nos casos de grandes escritórios, que os julgadores tenham conhecimento de tal situação. Porém, a proposta doutrinária não foi aprovada.

Com o devido respeito, a proposta parece ser *contra legem*, entrando em conflito com o que prevê o art. 14 da Lei de Arbitragem. A propósito, se o legislador do Código de Processo Civil quisesse fazer alguma ressalva, a teria incluído no próprio Estatuto Processual de 2015, o que não foi feito.

### ***3.3. Falta dos requisitos essenciais da sentença arbitral***

O inciso III do preceito já foi analisado, dizendo respeito à sentença arbitral que não contiver os requisitos do art. 26 da própria Lei de Arbitragem. Além da falta dos requisitos que estão ali expressos, se a sentença arbitral não for devidamente elaborada por escrito, conforme determina o art. 24 da mesma lei, há que se reconhecer a sua nulidade, por desrespeito à forma e à solenidade, que são consideradas essenciais para o ato (art. 166, incs. IV e V, do Código Civil).

A doutrina brasileira tem pontuado que o bom senso e a razoabilidade devem guiar o intérprete na aplicação dessa regra, para que a severa consequência da nulidade da sentença arbitral não seja aplicada de forma desmedida. Conforme Francisco Cahali, por todos, «faz-se necessária a demonstração pelo interessado da relevância na identificação do vício para determinado fim específico, apontando o prejuízo decorrente do efeito de forma».<sup>36</sup>

Adotando essas lições, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com destaque para o trecho final da ementa, repetido em muitos outros, entendeu-se que «não há falar em nulidade da sentença arbitral que,

---

<sup>36</sup> CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*, 6.<sup>a</sup> ed., cit., p. 390.

fundada em convenção de arbitragem livremente pactuada entre as partes, corretamente apreciou as questões que lhe foram submetidas, observando os aspectos formais e solucionando de maneira adequada o conflito. Não pode o judiciário tornar-se instância revisora das sentenças arbitrais, sob pena de inviabilizar os meios alternativos de resolução de conflitos» (TJMG, Apelação n.º 1.0024.14.156000-3/005, Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, j. 18.02.2016, *DJEMG* 29.02.2016). Ou, ainda, do Tribunal paulista, em demanda de execução de sentença arbitral, afastando exceção de pré-executividade: «compromisso arbitral firmado entre as partes, que apresentou os requisitos legais e bem delimitou a controvérsia a ser dirimida pelo árbitro. Sentença arbitral que apresenta os requisitos previstos no artigo 26 da Lei n.º 9.307/96. Inocorrência de nulidade a ensejar a extinção do feito» (TJSP, Apelação n.º 0000040-61.2006.8.26.0037, Acórdão n.º 9786862, Araraquara, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 12.09.2016, *DJESP* 20.09.2016).

Como não poderia ser diferente, estamos totalmente filiados a essa interpretação prudente que tem sido feita pela jurisprudência brasileira.

### ***3.4. Sentença proferida fora dos limites da convenção de arbitragem***

A sentença arbitral também será reconhecida como inválida se for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem (inciso IV do art. 32 da Lei n.º 9.307/1996), ou seja, em se tratando de sentença arbitral *extra petita* e a *ultra petita*, o que merece uma análise diferenciada.

Como leciona Scavone Junior, «aproveita-se, na arbitragem, a solução judicial, segundo a qual a sentença *extra petita* será anulada, mas a *ultra petita* passará apenas por redução do excesso».<sup>37</sup> O autor cita o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, sobre

---

<sup>37</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*, cit., p. 227.

processo judicial julgado da forma *ultra petita*, com a mesma conclusão para a arbitragem: «o reconhecimento do julgamento *ultra petita* não implica a anulação da sentença; seu efeito é o de eliminar o excesso da condenação. Hipótese, todavia, em que o julgado se ateuve aos termos do pedido. Recurso especial não conhecido» (STJ, REsp 84.847/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, j. 17.08.1999, DJ 20.09.1999, p. 60).

Partindo para a prática, na grande maioria das vezes tem-se rejeitado a alegação de que a sentença arbitral foi *ultra* ou *extra petita*. A título de exemplo, da recente jurisprudência paulista, afastando a invalidade da sentença e seguindo a conclusão do último aresto superior, sobre a sentença *ultra petita*:

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL. SENTENÇA DE REJEIÇÃO DO PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO IMPROCEDENTE. SENTENÇA ARBITRAL QUE, EMBORA EMITINDO CONDENAÇÃO, NÃO EXTRAPOLA A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM, SÓ O QUE JUSTIFICARIA A RESPECTIVA INVALIDAÇÃO COM BASE NO ART. 32, IV, DA LEI N. 9.307/96. CONSIDERAÇÃO, ADEMAIS, DE QUE, NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL, A SENTENÇA DECLARATÓRIA, NAS CONDIÇÕES PREVISTAS NO ART. 475-N, I, DO CPC/73 E NO ART. 515, I, DO CPC/15, TAMBÉM COMPORTA EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL. REGRAS PROCESSUAIS ESSAS QUE SE SOBREPUSERAM À APARENTE RESTRIÇÃO DO ART. 31 DA LEI N. 9.307/96, ATÉ A SE TER EM MENTE QUE A DISCIPLINA DA EXECUÇÃO E DOS TÍTULOS QUE LHE DÃO SUPORTE É MATÉRIA TÍPICA DA LEI PROCESSUAL. IRRELEVANTE SERIA, PORTANTO, A CIRCUNSTÂNCIA DE A SENTENÇA ARBITRAL TER PROFERIDO CONDENAÇÃO, AINDA QUE ISSO SE MOSTRASSE EM DESCONFORMIDADE COM O PEDIDO. SUPOSTA MÁCULA EM QUESTÃO QUE, DE TODA FORMA, TRADUZIRIA A CHAMADA SENTENÇA *ULTRA PETITA*, ESTA CUJA CORREÇÃO APENAS RECLAMA O DECOTE DO QUE FOI DECIDIDO ALÉM DO PEDIDO E NÃO, ABSOLUTAMENTE, A INVALIDAÇÃO DE TODO O

DECIDIDO. Inexistência, por último, de litispendência entre o processo instaurado perante o juízo arbitral e o processo de execução fundado no mesmo contrato, uma vez que fundadas as demandas em causas de pedir diversas e contendo pedidos também distintos. Haveria, sim, falta de interesse processual para execução fundada na sentença arbitral, por já estar em curso execução por título extrajudicial voltada à satisfação do mesmo crédito objeto da condenação proferida naquela decisão. Dispositivo: Negaram provimento à apelação (TJSP, Apelação n.º 1058976-86.2014.8.26.0100, Acórdão n.º 9798154, São Paulo, 19.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. 12.09.2016, *DJESP* 18.10.2016).

Da mesma Corte Estadual Brasileira, seguindo o mesmo caminho:

Alegação de decisão *ultra petita* em desrespeito à convenção de arbitragem. Inocorrência. Convenção de arbitragem estipulada de forma ampla. Interpretação do contrato deveria ter sido reclamada perante o próprio Tribunal Arbitral. Carência de ação corretamente decretada. Sentença mantida. Recurso desprovido (TJSP, Apelação n.º 0012621-02.2010.8.26.0609, Acórdão n.º 7828330, Taboão da Serra, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cesar Luiz de Almeida, j. 03.09.2014, *DJESP* 10.09.2014).

A propósito desse tema, ainda, Leonardo de Faria Beraldo cita posição divergente da doutrina, encabeçada por Flávio Valença Filho, segundo a qual as sentenças arbitrais *ultra* e *extra petita* seriam inexistentes, pois a jurisdição do árbitro é para julgar nos limites da convenção de arbitragem, e, havendo decisão além do que nela está estabelecido, não há jurisdição. O próprio autor rejeita tal tese, e arremata: «o fato de se julgar equivocadamente (*ultra* ou *extra petita*) não significa, a nosso juízo, que o árbitro decidiu sem jurisdição. Ele tem jurisdição, todavia, extrapolou os seus limites. [...]. O problema está no plano da validade, e não da existência».<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96*, cit., p. 496.

Aproveitando outro exemplo de Carlos Alberto Carmona a respeito dessa hipótese de nulidade relativa da sentença arbitral, «se na convenção de arbitragem escolherem as partes certo procedimento, deve ele ser respeitado sob pena de excederem os julgadores os poderes jurisdicionais concedidos pelas partes. Se no convênio arbitral determinarem as partes que o procedimento adotado é aquele fixado pela Uncitral não podem os árbitros, *sponte propria*, determinar que seguirão o regulamento da CCI, ainda que repute tais regras mais adequadas para a solução concreta do litígio».<sup>39</sup>

Assim, caso o negócio jurídico processual estipulado pelas partes não seja seguido pelos árbitros, tem-se a nulidade relativa da sentença arbitral, pois o *decisum* foi proferido fora dos limites da convenção

### ***3.5. Sentença arbitral proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva***

Também será nula a sentença arbitral se comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva (art. 32, inc. VI, da Lei n.º 9.307/1996). O objetivo é controlar a ética na atuação dos árbitros, evitando atos de corrupção. Eis aqui mais um dispositivo que demonstra ser a arbitragem jurisdição, pois a atuação do árbitro é equiparada à de um funcionário público, podendo ele cometer tipo penal próprio do último.

Sobre o crime de concussão, está previsto no art. 316 do Código Penal Brasileiro, sendo definido como o ato de exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função pública ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. A pena é de reclusão, de dois a oito anos, sem prejuízo de multa.

---

<sup>39</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, cit., p. 406.

A prevaricação está tratada pelo art. 319 do Código Penal Brasileiro, constituído pelo ato de retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. A pena é de detenção, de três meses a um ano, e multa.

Por fim, o art. 317 do mesmo Código Penal Brasileiro trata da corrupção passiva, definida pelo ato de solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. A pena é de reclusão, de dois a doze anos, e multa. A diferença em relação à concussão é que no último caso há uma exigência da vantagem. Ademais, a pena é aumentada de um terço se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário público retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. Além disso, se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem, a pena é menor, de detenção, de três meses a um ano, ou multa.

No âmbito específico da arbitragem, exemplifica Francisco Cahali que «em quaisquer das hipóteses, por interesse pessoal ou por alguma vantagem para si ou para outrem, o julgador atrasa a sentença ou direciona seu julgamento a uma das partes. E tal qual o pronunciamento assim proferido por um Juiz togado (art. 485, inc. I, do CPC1973 - art. 966, I, do CPC/2015), a sentença estará comprometida pela objetiva e macroscópica parcialidade detectada *a posteriori*».<sup>40</sup> De todo modo, os casos de corrupção e falta de ética na arbitragem são raros na realidade arbitral brasileira.

---

<sup>40</sup> CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*, 6.<sup>a</sup> ed., cit., pp. 395-396.

### ***3.6. Sentença arbitral proferida fora do prazo***

O inciso VII do art. 32 da Lei Brasileira n.º 9.307/1996 preceitua ser nula a sentença arbitral se for proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inc. III, da própria lei, que trata da possibilidade de o prazo para a sentença ser postergado pelas partes. O objetivo da norma é atender à celeridade própria do ato arbitral. Mais uma vez, segundo Francisco Cahali, «o descumprimento do prazo expõe a sentença à invalidação. Porém, para se impor a rigorosa consequência, indispensável a prévia notificação do árbitro (ou presidente do tribunal arbitral) para ser proferida a decisão no prazo de 10 dias».<sup>41</sup>

Aplicando essa posição de cuidado, o Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a nulidade de sentença arbitral proferida em hipótese fática na qual a cláusula compromissória foi inserida em compromisso de compra e venda de imóvel. Nos termos do acórdão, a nulidade da sentença arbitral por excesso de prazo não deveria ser verificada, pois o primeiro árbitro nomeado não foi notificado. Além disso, a sentença arbitral foi prolatada em cinco dias contados da conclusão do processo, após o primeiro árbitro ter-se dado por suspeito. Afastou-se, desse modo, a «ultrapassagem do prazo de 60 dias», que havia sido fixado (TJSP, Apelação n.º 0002141-18.2013.8.26.0428, Acórdão n.º 8087769, Campinas, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 09.12.2014, *DJESP* 16.12.2014).

Como outro exemplo de necessário cuidado, com o fim de evitar a invalidade desnecessária, concluiu o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro que, «se a anulação da sentença proferida fora do prazo está condicionada à prévia notificação do árbitro ou do presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe um prazo suplementar de dez dias (art. 32, VII, da Lei de Arbitragem), não há motivo razoável para não aplicar a mesma disciplina ao pedido de esclarecimentos, que, em última análise,

---

<sup>41</sup> CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*, 6.ª ed., cit., p. 396.

visa tão somente aclarar eventuais dúvidas, omissões, obscuridades ou contradições, ou corrigir possíveis erros materiais. Sentença arbitral pautada em princípios basilares do Direito Civil, não importando se houve ou não referência expressa aos dispositivos legais que lhes conferem sustentação, não havendo como afirmar que houve julgamento por equidade, em desrespeito às condições estabelecidas no compromisso arbitral. O mero inconformismo quanto ao conteúdo meritório da sentença arbitral não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário» (STJ, REsp 1.636.102/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJE 01.08.2017). A última oração da ementa merece destaque, com o intuito de manter a estabilidade e a segurança do instituto.

### ***3.7. Sentença arbitral que desrespeita princípios fundamentais que regem a arbitragem***

Por fim, conforme o inciso VIII do art. 32, será nula a sentença arbitral se forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, da mesma lei. Os princípios em questão são o do contraditório, o da igualdade das partes, o da imparcialidade do árbitro e o de seu livre convencimento. De fato, aqui estamos tratando do desrespeito à essência do ato arbitral, sendo a solução da nulidade absoluta plenamente correta.

De todo modo, como os princípios são abertos, e com amplo preenchimento pelos julgadores, é de se recomendar, mais uma vez, a prudência necessária para os seus preenchimentos, de acordo com o caso concreto. Nos casos de dúvida, a nulidade da sentença arbitral não deve ser reconhecida, sob pena de sério descrédito da arbitragem. Ilustrando, como bem considerou o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás em ação anulatória de sentença arbitral, «considerando que houve razoável prazo entre a notificação e a realização de audiência de conciliação, em procedimento extrajudicial, suficiente para preparação de defesa, inviável o acolhimento da arguição de ofensa aos princípios

do contraditório e da ampla defesa» (TJGO, Apelação Cível n.º 0337282-97.2012.8.09.0051, Goiânia, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Maurício Porfirio Rosa, *DJGO* 02.12.2016, p. 94).

Ainda a título de exemplo, merece apoio a decisão do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro segundo a qual «o indeferimento de realização de prova pericial pelo juízo arbitral não configura ofensa ao princípio do contraditório, mas consagração do princípio do livre convencimento motivado, sendo incabível, portanto, a pretensão de ver declarada a nulidade da sentença arbitral com base em tal argumento, sob pena de configurar invasão do judiciário no mérito da decisão arbitral» (STJ, REsp 1.500.667/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJE* 19.08.2016).

Analisadas as situações de nulidade da sentença arbitral, vejamos o debate sobre a existência de um rol taxativo ou exemplificativo no art. 32 da Lei de Arbitragem.

#### **4. DA NATUREZA DO ROL DO ART. 32 DA LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA. TAXATIVO OU EXEMPLIFICATIVO?**

Como visto, o método de controle da sentença arbitral e a forma de impugnação da decisão estão estabelecidos nos arts. 32 e 33 da Lei Brasileira n.º 9.307/1996, sendo certo que o primeiro dispositivo elenca as hipóteses que fundamentam a impugnação da decisão arbitral. Em tal comando existem previsões relativas ao plano da validade da sentença, seja nos campos material ou processual.

Quanto à impugnação judicial propriamente dita, constitui uma forma de invalidação da sentença arbitral permitida em lei, o que, traçando um paralelo com a jurisdição estatal e o Código de Processo Civil Brasileiro, teria o papel de verdadeira *ação rescisória*. Como afirma Scavone Junior, «entretantes, não se descarta a ação anulatória da sentença arbitral, o que pode ser comparado com a possibilidade de se

atacar a sentença judicial através de ação rescisória». <sup>42</sup> Não se olvide, contudo, que não se trata de uma ação rescisória propriamente dita, sendo essa rejeitada por parcela considerável dos *arbitralistas*. A propósito, na *I Jornada de Solução Extrajudicial dos Conflitos*, realizada em 2015 pelo Conselho da Justiça Federal, aprovou-se o Enunciado n.º 1, segundo o qual «a sentença arbitral não está sujeita à ação rescisória».

Grande parte da doutrina brasileira, em especial entre os citados especialistas em arbitragem (*arbitralistas*), entende que a ação anulatória da sentença arbitral só é cabível se a hipótese fática que fundamenta a ação estiver amparada expressamente pelo art. 32 da Lei de Arbitragem Brasileira. Essa parcela da doutrina defende que o rol do dispositivo é taxativo ou *numerus clausus*, não comportando qualquer situação que não esteja presente no comando.

Nesse sentido, podemos citar as lições do Professor Francisco Cahali: «a ação tem cabimento em situações restritas, reservadas exclusivamente àquelas circunstâncias identificadas de forma taxativa, ou, como se diz na doutrina, em *numerus clausus*. Aliás, não podem as partes ampliar o rol das causas de nulidade da sentença elencadas, tampouco renunciar previamente à incidência dos arts. 32 e 33 da Lei de Arbitragem, considerados cogentes, pelo que neles se contém, a despeito da maior autonomia da vontade em sede arbitral». <sup>43</sup> Para o autor, mesmo que as partes tenham a vontade de inserir no compromisso outras possibilidades para a anulação da sentença arbitral, essa previsão deve ser reputada como nula, pois a norma é cogente, ou de ordem pública. Assim, não caberia um negócio jurídico processual criando hipótese fática de anulação da sentença arbitral.

Parecendo seguir essa corrente, mas admitindo a inclusão da impugnação da sentença arbitral estrangeira em casos de lesão à ordem pública, Carlos Alberto Carmona frisa que «os casos de nulidade da

---

<sup>42</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*, cit., p. 217.

<sup>43</sup> CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*, 6.ª ed., cit., p. 387.

sentença arbitral —para utilizar a expressão endossada pela lei— são taxativos, de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão do laudo». <sup>44</sup>

Em obra bem didática, direcionada a leigos sobre o tema —sobretudo empresários—, mas muito bem escrita e com  *fina ironia*, Haroldo Verçosa também se filia a tal corrente, aduzindo que, «ao editar a Lei de Arbitragem, o legislador teve o cuidado de limitar taxativamente e com sabedoria as causas que poderiam causar a anulação da sentença arbitral, versada em oito hipóteses do art. 32». <sup>45</sup>

Tratando propriamente da demanda judicial de impugnação, Paulo Issamu Nagao expõe muito bem a divergência sobre a natureza taxativa das hipóteses do art. 32 da Lei n.º 9.307/1996. Citando a corrente liderada por Carlos Alberto Carmona, demonstra o magistrado paulista que a premissa da natureza exaustiva dá mais estabilidade e segurança à sentença arbitral. <sup>46</sup> Todavia, «tendo em vista a premissa de que a garantia constitucional da ação não permite transigência e é a base que fundamenta o acesso ao Poder Judiciário para impugnação da sentença arbitral diante da gravidade de seus vícios, essa possibilidade, segundo Edoardo Ricci, deve ser “suficiente sob o ponto de vista de seu conteúdo. Este último tema concerne especificamente aos seus fundamentos, os quais não podem ser muito limitados, sob pena de a impugnação judicial tornar-se insuficiente como garantia constitucional”, de modo que não se pode concluir de antemão pela exaustão da lista dos motivos elencados no art. 32 da LA». <sup>47</sup> Em resumo, a sua forma de pensar indica que o rol do art. 32 da Lei de Arbitragem não é taxativo (*numerus clausus*), mas meramente exemplificativo (*numerus apertus*).

---

<sup>44</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, cit., p. 399.

<sup>45</sup> VERÇOSA, Haroldo. *Os «segredos» da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 98.

<sup>46</sup> NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*, cit., p. 278.

<sup>47</sup> NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*, cit., p. 278-279.

Tem razão em parte o doutrinador, pois pode ser reconhecida pelo menos uma hipótese para a propositura de uma ação de nulidade ou anulabilidade da sentença arbitral, qual seja, a lesão à ordem pública, como ainda será aqui desenvolvido.

Entre os autores que entendem que o rol é meramente exemplificativo, com posição ampliada, José Cretella Neto afirma que «a sentença arbitral é uma espécie, de que o negócio jurídico é gênero. Pode, portanto, padecer dos mesmos vícios que os atos jurídicos em geral, estipulados nos arts. 138 a 144 do novo Código Civil (erro ou ignorância), 145 a 150 (dolo), 151 a 155 (coação), 156 (estado de perigo), 157 (lesão) e 167, § 1º (simulação). Pode ser invalidada pelos mesmos motivos enumerados pelo Código Civil em vigor a partir de 11.01.2001, ou seja, os constantes de seus arts. 166 a 184 do Capítulo V (Da Invalidade do Negócio Jurídico), do Título I (Do Negócio Jurídico), do Livro III (Dos Fatos Jurídicos)».<sup>48</sup>

Ao encontro do que leciona José Cretella Neto, o Professor Luiz Antonio Scavone Junior discorre: «ainda que possam ser consideradas taxativas, como sustenta a doutrina majoritária, o inciso I, do art. 32, da Lei de Arbitragem, que trata da nulidade da sentença por nulidade da convenção de arbitragem, permite interpretação muito próxima àquela sugerida por Cretella Neto».<sup>49</sup>

Tais entendimentos encontram respaldo na lógica jurídica, tendo em vista que o ato nulo não pode ser convalidado. A arbitragem seria um meio através do qual o ato nulo passa a ser válido, produzindo efeitos contra terceiros. E as partes nada podem fazer, pois contra a sentença arbitral não cabe recurso. É inimaginável um meio de solução de conflitos que cause dano às partes. O legislador, nesse sentido, creditou ao árbitro o *poder* de nunca errar.

---

<sup>48</sup> CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 121.

<sup>49</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*, cit., p. 219.

Sendo assim, pareceria mais crível imaginar que as hipóteses em que é nulo o negócio jurídico, conforme consta dos arts. 166 e 167 do Código Civil, também seriam hipóteses de nulidade do processo arbitral. Todavia, como contra-argumento para essa premissa, não se pode esquecer que a arbitragem deve ter estabilidade e segurança, sob pena de cair em descrédito ou nunca se afirmar coletivamente como forma extrajudicial de solução das controvérsias.

A par dessa afirmação, tem prevalecido a lição segundo a qual os vícios que invalidam a arbitragem se limitam ao que consta do art. 32 da Lei de Arbitragem, dispositivo estudado com detalhes a seguir, com o aprofundamento dessa posição.

Essa é a posição que do mesmo modo prevalece amplamente na jurisprudência nacional, sendo numerosos os julgados, sempre em prol da segurança e da estabilidade da arbitragem. Assim, do Tribunal de Justiça de Goiás: «o pleito de nulidade de sentença arbitral consiste em meio excepcional, somente cabível nas hipóteses elencadas no artigo 32 da Lei n.º 9.307/96, cujo rol é taxativo» (TJGO, Apelação Cível n.º 0015391-88.2015.8.09.0051, Goiânia, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Roberto Favaro, *DJGO* 21.06.2016, p. 122). Do Tribunal do Distrito Federal: «a anulação judicial da sentença arbitral somente ocorre em caráter excepcional, nas hipóteses taxativas previstas no art. 32 da Lei n.º 9.307/96, as quais se referem a vícios formais, sendo vedado ao juiz revisar o mérito da decisão. Desse modo, a prescrição, por ser questão meritória e não encontrar previsão no rol do referido artigo, não é passível de análise pelo Poder Judiciário» (TJDF, Recurso n.º 2013.00.2.029110-5, Acórdão n.º 772.248, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Simone Lucindo, *DJDFTE* 28.03.2014, p. 100). Do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Procedimento realizado perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), que observou o termo de arbitragem firmado entre as partes, com oportunidade para produção de provas, e impondo condenação em valor inferior ao

indicado pelas requerentes. Hipóteses de nulidades que são taxativas e expressamente elencadas no art. 32 da Lei n.º 9.307/96. Alegações autorais que não restaram comprovadas em cognição sumária. Preservação, na maior medida possível, da autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões ligadas ao mérito da causa, sob pena de se esvaziar o conteúdo da Lei de arbitragem (TJRJ, Agravo de Instrumento n.º 0017250-56.2014.8.19.0000, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytych, j. 30.09.2014, *DORJ* 02.10.2014).

Seguindo nos exemplos, do Tribunal de Justiça de São Paulo, rejeitando a tese da possibilidade de invalidação da sentença arbitral por lesão à ordem pública, destaque-se:

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL. CABIMENTO FORA DO ROL PREVISTO NO ART. 32 DA LEI N.º 9.307/96. Exceção. Matéria de ordem pública. Valor da causa. Possibilidade de modificação de ofício pela árbitra. Flagrante discrepância entre o valor atribuído à causa e aquele que representa a real expressão econômica da demanda. Aplicação da regra prevista no art. 259, II, do CPC. Genérica impugnação do julgamento realizado. Hipótese que não autoriza o reconhecimento da nulidade da sentença arbitral proferida. Recurso improvido (TJSP, Apelação Cível n.º 0029117-50.2011.8.26.0002, Acórdão n.º 10702980, São Paulo, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Hamid Bdine, j. 16.08.2017, *DJESP* 23.08.2017, p. 2137).

De fato, no Brasil, é forte o argumento segundo o qual a *função social e econômica da arbitragem* sempre deve ser resguardada, não se admitindo impugnações judiciais infundadas, que não estejam fundamentadas em matéria de ordem pública ou vícios de especial relevo, com prejuízo para a parte. Caso contrário, a finalidade da arbitragem poderia ser atingida de morte. Nesse contexto de afirmação, cabe ao julgador togado analisar com parcimônia os pedidos judiciais de impugnação. Em casos de dúvida ou situações nebulosas, sem alegações iniciais verossímeis, o pedido deve ser afastado de plano, por meio de um dos artifícios processuais previstos no ordenamento. Entra em cena o princípio da

conservação dos atos e negócios jurídicos, com relação direta com a preservação da sua função social.

A boa-fé objetiva processual também é argumento plausível a ser utilizado para a mesma forma de pensar, nos termos dos arts. 4 e 5 do Código de Processo Civil Brasileiro. A título de exemplo, imagine-se o caso de duas empresas que celebram contrato com cláusula compromissória expressa. Instaurado o litígio decorrente dessa convenção, as partes submetem-se a um processo arbitral que dura dois anos. Após farta produção de provas, respeito às regras do jogo e ausente qualquer impugnação das partes, a sentença arbitral é proferida. A parte vencida ingressa, então, em juízo alegando não concordar com a tese jurídica utilizada na sentença. Ora, essa demanda deve ser rejeitada de plano, pois não há qualquer fundamento de invalidade na pretensão. Como argumento, mais uma vez, não só pode como deve ser utilizada a máxima de *vedação do comportamento contraditório, o venire contra factum proprium non potest*.

Exatamente nessa linha, no Tribunal de Justiça de Goiás, em demanda arbitral promovida por consumidor, entendeu-se que, «demonstrado nos autos do procedimento arbitral que o consumidor anuiu com a superveniente instituição da heterocomposição, tendo inclusive ofertado defesa e alegações finais, sem impugnar em momento algum a cláusula compromissória, não se pode invalidar a sentença ulteriormente lançada, sob a alegação de violação do art. 32, inciso I da Lei de arbitragem. Ademais, o acolhimento da pretensão nulificadora seria uma afronta ao princípio da boa-fé objetiva, materializado no instituto do *venire contra factum proprium*, e do art. 20 da Lei de arbitragem» (TJGO, Apelação Cível n.º 0324620-67.2013.8.09.0051, Goiânia, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Eduardo de Sousa, *DJGO* 07.05.2015, p. 187).

Igualmente, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, extrai-se ementa com os seguintes dizeres: «cláusula compromissória vazia que não invalida a eleição do juízo arbitral. Direito patrimonial disponível.

Sujeitos capazes. Incidência do princípio da obrigatoriedade contratual e da boa-fé objetiva. Vedação ao *venire contra factum proprium*» (TJSC, Apelação Cível n.º 2012.041749-1, São José, 6.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Ronei Danielli, j. 25.02.2014, *DJSC* 06.03.2014, p. 156). Em caso envolvendo franquia, merece destaque, pela amplitude do julgamento, o seguinte aresto do Tribunal de São Paulo, igualmente fazendo incidir a máxima que veda o comportamento em contradição:

CONTRATO DE ADESÃO. Franquia. Cláusula compromissória cheia. Exigência legal de que seja escrita em negrito e com assinatura ou visto especial (Lei n.º 9.307/96, art. 4º, § 2º, segunda parte). Hipótese, porém, em que a própria franqueada pediu ao órgão arbitral que mediasse o conflito existente entre os contratantes. Superveniente instauração de processo arbitral pela franqueadora, ao qual a franqueada anuiu, formulando ainda pedido reconvenicional e participando ativamente da redação de Regulamento de Arbitragem especialmente elaborado para o caso concreto. Comportamento contraditório da franqueada ao postular a anulação da sentença arbitral sob fundamento de invalidade e ineficácia da cláusula compromissória (*venire contra factum proprium*). Inadmissibilidade. Anulatória improcedente. Apelação improvida. SENTENÇA ARBITRAL. Pedido de anulação pautado na falta de prova de lucros cessantes, na inadmissível condenação cumulativa ao pagamento de multa contratual e de lucros cessantes, bem como na falta de previsão específica de multa por concorrência desleal. Impossibilidade de revisão da matéria de mérito pelo Poder Judiciário. Exame limitado aos aspectos formais. Inexistência de *bis in idem*, pois a multa contratual e os lucros cessantes têm causas distintas. Anulatória improcedente. Apelação improvida. SENTENÇA ARBITRAL. Pedido de anulação pautado na alegação de extemporaneidade da sentença (LA, art. 32, VII). Improcedência. Utilização pelo Tribunal Arbitral da faculdade de prorrogar o prazo para prolação da sentença, mediante simples comunicação às partes. Termo de Arbitragem neste sentido. Formalidades observadas pelo Tribunal Arbitral. Inexistência, ademais, de notificação ao Árbitro Presidente para que prolatasse a sentença em dez dias contados da expiração do prazo ajustado, conforme prescreve o art. 12, III, da Lei n.º 9.307/96, art. 12, III). Anulatória improcedente. Apelação improvida. SENTENÇA ARBITRAL. Julgamento *extra petita*. Argumento de que somente pessoas jurídicas franqueadas poderiam ser

condenadas ao pagamento de multas e indenizações. Improcedência. Aditamento do Termo de Arbitragem para incluir os sócios das franqueadas (pessoas físicas) no processo arbitral. Anuência expressa dos sócios das franqueadas. Nulidade inexistente. Anulatória improcedente. Apelação improvida. Dispositivo: Negam provimento (TJSP, Embargos de Declaração n.º 1006878-60.2013.8.26.0068/50000, Acórdão n.º 7577843, Barueri, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 17.02.2014, *DJESP* 28.05.2014).

Na linha do último acórdão, também não se tem admitido o argumento da falta de meros requisitos formais da sentença arbitral nas ações de impugnação, como muitas vezes ocorre na prática, especialmente nos casos de problemas processuais plenamente sanáveis.

Tratando do assunto, julgado do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro afastou impugnação de homologação de sentença estrangeira. O acórdão analisou pedido de homologação de sentença arbitral na qual se fixou indenização pelo inadimplemento parcial de contrato internacional de compra e venda. Foram levadas a análise três objeções à homologação da sentença arbitral: prejuízo à defesa em razão da entrega de cópia da petição inicial com omissão de páginas; ausência de regular citação no procedimento arbitral havido no estrangeiro; e reclamação contra a injustiça da sentença homologada.

Ao final, entendeu-se que «a regularidade formal foi atendida, uma vez que há a tradução juramentada do contrato, bem como da sentença arbitral e da convenção de arbitragem, além da chancela consular e da menção ao trânsito em julgado. Foram observados os ditames da Resolução STJ n.º 9/2005 e do art. 37 da Lei n.º 9.037/96. Não houve prejuízo à defesa ou nulidade na citação havida por meio de carta de ordem em razão de a petição inicial ter sido recebida com ausência de três folhas, uma vez que após a obtenção da integralidade da peça, houve devolução do prazo para contestação». O julgamento também deduz que «a citação, no procedimento arbitral, não ocorre por carta rogatória,

pois as cortes arbitrais são órgãos eminentemente privados. Exige-se, para a validade do ato realizado via postal, apenas que haja prova inequívoca de recebimento da correspondência» (SEC 8.847/EX, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, *DJe* 28.11.2013). No caso, foi comprovado o recebimento da via postal, atendido, portanto, o ditame do parágrafo único do art. 39 da Lei n.º 9.307/1996. Precedente: SEC 10.658/EX, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, *DJe* 16.10.2014 (STJ, SEC 3.892/EX, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, j. 19.11.2014, *DJe* 11.12.2014).

O mesmo caminho foi percorrido em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, agora relativo à arbitragem nacional, que decidiu sobre uma dissolução parcial de sociedade. Nos seus termos, «a ausência de assinaturas de duas testemunhas na convenção de arbitragem, conforme apurado pelas instâncias de origem, não ensejou prejuízo algum para o autor da ação, que sequer alegou vício de consentimento. Aplicação do princípio pelo qual não se declara nulidade na ausência de prejuízo dela decorrente» (STJ, AgRg no REsp 1311367/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª Turma, j. 05.06.2014, *DJe* 24.06.2014).

Entendemos, por oportuno, que, não havendo prejuízo para quaisquer das partes, inclusive de cunho processual, não se pode impugnar judicialmente a sentença arbitral. A título de exemplo, imagine-se a situação concreta em que a sentença arbitral condenou uma das partes e a parte vencida alega que a decisão foi prolatada fora do prazo, apenas dois dias após aquilo que foi decidido no painel arbitral. Com esse modo de analisar o tema, pensamos, está sendo plenamente atendida a função social da arbitragem, em prol da boa-fé objetiva processual e de outros princípios que lhe dão fundamento.

Voltando ao âmago da discussão deste artigo, a posição por nós defendida é a de que apenas uma situação a mais pode ser admitida para a invalidade da sentença arbitral, além do rol do art. 32 da Lei de Arbitragem, qual seja, a violação à ordem pública. Como aponta Pedro

Batista Martins, «tema que resta pendente é o da sentença cujo conteúdo viole regras de ordem pública».<sup>50</sup> E mais: «a exemplo de outros países, o Brasil não elencou, dentre as hipóteses de nulidade, a violação da ordem pública. No entanto, não se pode negar que a lista do art. 32 da Lei de Arbitragem reflete, em si, matérias elevadas à condição de ordem pública, frente ao ordenamento jurídico nacional».<sup>51</sup> Como antes destacado, Carlos Alberto Carmona também defende a posição de se incluir a ordem pública, mas apenas para as sentenças internacionais, reafirmando que o rol do comando é taxativo.<sup>52</sup> Porém, pensamos que não há muito sentido em fazer tal afirmação apenas para a sentença arbitral internacional, e não para a nacional.

Segundo Leonardo de Faria Beraldo, «a violação da ordem pública não está elencada expressamente no rol do art. 32 da Lei de Arbitragem, contudo, é óbvio que a infringência a esse pilar da arbitragem levará o julgado à invalidade. Ora, tamanha é a importância da ordem pública na Lei de Arbitragem que, segundo o § 1º do art. 2, as partes podem escolher as regras que regerão o processo arbitral, desde que respeitada a ordem pública e os bons costumes, e, nos termos do art. 39, II, será denegada a homologação para reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira se o STJ constatar que a decisão ofende a ordem pública nacional».<sup>53</sup> E arremata, na linha do que defendemos neste artigo: «dessa forma, não nos resta dúvida de que será inválida a sentença arbitral que desprezitar a ordem pública. Exemplo disso é a não aplicação da prescrição ou da decadência corretamente, nos termos da lei civil; lembrando que, para alguns, prescrição não é matéria de ordem pública».<sup>54</sup>

Tem também total razão Leonardo de Faria Beraldo na sua afirmação de que não se pode atribuir à ordem pública o argumento de

---

<sup>50</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, cit., p. 319.

<sup>51</sup> MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, cit., p. 319.

<sup>52</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, cit., pp. 411-418.

<sup>53</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96*, cit., p. 513.

<sup>54</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96*, cit., p. 513.

eventual proliferação de demandas de impugnação judicial. Conforme as suas palavras, «não obstante os bons argumentos supralançados, pedimos vênia para discordar. Não é a possibilidade de se buscar a prestação jurisdicional com base em violação à ordem pública que fará com que as ações anulatórias se proliferem. A parte mal-intencionada sempre encontrará argumentos para dar sustentáculo à frívola demanda, logo, não nos parece razoável que se queira atribuir, à ordem pública, a culpa disso tudo».<sup>55</sup> De fato, muito ao contrário, uma sentença arbitral que contraria os interesses da coletividade é que não pode ser admitida.

Para encerrar este trabalho, merece ser demonstrada a divisão apresentada por Menezes Cordeiro sobre a ordem pública, em sua excelente obra sobre a arbitragem no sistema português. De início, pontua o Professor Catedrático da Universidade de Lisboa que a ordem pública agrupa diversas realidades, muitas vezes com raízes históricas diferentes e «que têm confluído mercê de uma contaminação linguística reforçada pela aproximação recente entre os diversos ordenamentos».<sup>56</sup>

Segundo ele, de início, há a ideia de *ordem pública interna*, de origem francesa, «que agrupa as regras injuntivas do ordenamento; ela conflui com parte dos bons costumes alemães, na área em que, na sequência dos estudos básicos de Simitis, se verificou que, ao lado de regras deontológicas e de conduta, eles abrangiam os princípios cogentes do sistema jurídico».<sup>57</sup> Nesta, o autor diferencia: *a) a ordem pública lata*, «que abrange todas as denominadas leis de polícia, ou seja, normas de tipo público, que escapam à livre disposição das partes», e *b) a ordem pública estrita*, «relativa às normas mais sensíveis, que os tribunais não podem deixar de aplicar; vai um tanto ao encontro da categoria alemã das *Eingriffsnormen*».

---

<sup>55</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96*, cit., p. 514.

<sup>56</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de arbitragem: comentário à Lei 63/2011*, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015, p. 444.

<sup>57</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de arbitragem*, cit., pp. 444-445.

Como segunda categoria, a *ordem pública processual* agruparia as regras de processo, «cujas observâncias são inalienáveis; estão em jogo o princípio da arbitrabilidade, o da independência dos árbitros, o da audiência, o do contraditório, o da proibição de fraude processual e outros».<sup>58</sup>

Há também a *ordem pública internacional*, de origem canônica: «reanimada, perante os fundamentos do Direito internacional privado, ela exprime um conjunto de princípios nacionais que vedam a aceitação interna das decisões estrangeiras, por contrariedade».<sup>59</sup> O autor cita a ordem pública europeia como última modalidade. Obviamente, não serve para a realidade brasileira.

Na linha das suas lições, entendemos que qualquer agressão às modalidades por ele citadas deve fundamentar a sua impugnação perante o Poder Judiciário Brasileiro. Servem de alento as suas palavras finais sobre o tema: «a matéria de ordem pública abrange um espaço largo de reflexão, que não pode ser enquadrado em *slogans* ou declarações de princípios. Exige muito estudo e uma aturada meditação dos casos em que, pelo Mundo a fora, tem sido aplicada: cabendo-se dizer que, em regra, fica ideia de timidez na sua concretização e, de modo algum, uma de retirar eficácia e sentido próprio (!) à arbitragem. Não é imaginável que se prescindia de uma válvula de segurança para clamorosos erros judiciais, aos quais os árbitros não estão imunes. O *standard* consagrado, para esse efeito e há muito, é de ordem pública».<sup>60</sup>

Concordamos integralmente com as lições transcritas, de grande sabedoria e profundidade, do jurista lusitano.

---

<sup>58</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de arbitragem*, cit., p. 445.

<sup>59</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de arbitragem*, cit.

<sup>60</sup> MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de arbitragem*, cit., pp. 444-445.

## 5. REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. 8.<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n.º 9.307/96*. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAHALI, Francisco. *Curso de arbitragem*. São Paulo: Ed. RT, 2011; 6.<sup>a</sup> ed. 2015; 7. ed. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei 9.307/1996*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMARGO, Júlia Schledorn de. «A ação anulatória com base na violação à ordem pública: arbitragem». In CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (Org.). *Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17.<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de arbitragem: comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro*. Coimbra: Almedina, 2015.

NAGAO, Paulo Issamu. *Do controle judicial da sentença arbitral*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 6.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Lei de Introdução e Parte Geral*. 13.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 56.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I.

VERÇOSA, Haroldo. *Os «segredos» da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral*. São Paulo: Juspodivm, 2014.

# EL INEVITABLE CAMBIO DE LAS DISPUTAS EN CONSTRUCCIÓN CON EL *BUILDING INFORMATION MODELING* BAJO METODOLOGÍAS COLABORATIVAS

*Gustavo Paredes Carbajal\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. El problema.— 2.1. Primera historia: ¡qué pasó ayer!— 2.2. Segunda historia: ¡qué pasó ayer! Parte II.— 3. Building Information Modeling (BIM) en la construcción.— 3.1. Dimensiones BIM.— 3.2. Ventajas en el uso del BIM.— 4. Los cambios en la gestión contractual.— 5. Los cambios en la actividad probatoria de las disputas arbitrales.— 6. Conclusiones.— 7. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

El 2020 nos enseñó duramente que lo único permanente en la vida es el cambio constante. En el 2020, el mundo cambió y nosotros con él, pero a la fuerza. Economías impactadas, industrias recesadas, proyectos de construcción paralizados, pero disputas en guardia listas para iniciar.

---

\* Especialista en Derecho de la Construcción, Contratación Estatal y Solución de Disputas. Profesor de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad del Pacífico. Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción 2019-2021. Fundador de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción. Miembro de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) y de la International Construction Projects Committee (ICP) de la International Bar Association (IBA). Socio fundador de NPG Abogados. [gparedes@npg.pe](mailto:gparedes@npg.pe)

La zona confort de las disputas en la industria de la construcción no solamente se alborotó, sino que rápidamente se acomodó para enfrentar esta nueva situación.

Si las cosas antes ya eran complejas, ahora lo son más, pero *¿qué hubiese pasado si la actividad de la construcción en el país hubiese estado tecnológicamente madura para enfrentar cambios como éstos?*

Este cuestionamiento nos obliga a rememorar nuestra realidad anterior a la pandemia y observar qué pudo haberse cambiado para estar mejor preparados para negociar una situación conflictiva, superarla y retomar las actividades constructivas.

Debo advertir que este artículo actualiza el originalmente publicado en la *Revista de Derecho Sociedad Jurídica*, editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Federico Villareal, quienes tuvieron el enorme gesto de invitarme a escribir algunas líneas y por lo que siempre les estaré humildemente agradecido.

Si miramos el contexto conflictual del sector de la construcción, revalidaremos que una cuestión natural y siempre difícil de compatibilizar durante la ejecución de todo proyecto de construcción es su permanente aplicación práctica con los términos y alcances de sus contratos.

Casi siempre la intensidad y dinámica de la obra termina desbordando las previsiones contractuales; por ello, el intento de alinear el proceso constructivo con el contrato es una tarea no sólo ardua, sino también creadora de conflictos.

Una industria de la construcción perfecta, sin conflictos, además de aburrida, sería estática y sin ninguna evolución. Las cosas se seguirían haciendo de la misma manera y obteniendo siempre los mismos resultados.

Por esta razón, el conflicto debe dejar de tener una connotación negativa para el sector. El conflicto en la industria de la construcción es fuente de constante aprendizaje, es fuente de cambio, es fuente de desarrollo creativo y fuente de innovación, es decir, el conflicto y el cambio no sólo parecen ser un consorcio inevitable, sino también necesario.

En este contexto, el desarrollo y la innovación de la tecnología aplicada a la construcción es expresión de esta constante relación de la industria con el conflicto, que debe obligar a todos los agentes del sector a hacer las cosas de manera diferente. Pero realmente *¿qué tan diferente se hicieron las cosas?; ¿cómo evolucionó la gestión contractual y, en especial, la gestión de los reclamos y solución de disputas en el sector?*

Estas preguntas son válidas para retar el sentido crítico y construir a partir de ellos una visión innovadora en la manera de gestionar los contratos y, mejor aún, los reclamos y la solución de las disputas en la industria de la construcción.

## **2. EL PROBLEMA**

Contrario a lo que se podría pensar sobre una industria tan importante como la construcción, sigue siendo la más lenta en responder a los constantes cambios tecnológicos e innovación digital del mercado. Quizás esto explica por qué es una realidad permanente que los proyectos de construcción en el mundo concluyan siempre más allá del plazo y del presupuesto contratado.

McKinsey & Company publicó en junio de 2016 una investigación sobre el futuro digital de la construcción y reportó que los proyectos de gran envergadura suelen tardar un 20 % más del plazo programado y representan hasta un 80 % más que el presupuesto contratado; así también, la productividad de la construcción ha disminuido en algunos mercados desde la década de los noventa del siglo XX y con ello los

retornos financieros de los contratistas a menudo son relativamente bajos y volátiles; es por esto que afirman ya desde hace cinco años atrás que la industria de la construcción está madura para romper la inercia.<sup>1</sup>

Este estudio, además, describe que la planificación de proyectos sigue sin estar coordinada entre la oficina y el campo y se sigue haciendo a menudo en papel. Los contratos, además, refieren que no incluyen incentivos para compartir el riesgo e innovación; agregan que la gestión del rendimiento es inadecuada y las prácticas de la cadena de suministro siguen siendo poco sofisticadas. Y lo más resaltante del estudio es que la industria aún no ha adoptado nuevas tecnologías digitales que necesiten inversiones iniciales, aunque los beneficios a largo plazo sean realmente significativos, menos del 1 % de los ingresos del sector de la construcción es lo que se invierte en tecnología, a pesar de que se han desarrollado una serie de nuevas soluciones de *software* para la industria.<sup>2</sup>

Si a esto le agregamos que el mercado exige mayores grados de complejidad en los proyectos y mayores flujos de inversión, coincido en que es el momento justo para provocar una disrupción en la manera como se vienen gestionando los proyectos y con ello prepararnos para cambiar la gestión de los reclamos y disputas en el sector.

*¿Qué reporta la realidad nacional?* Más de una experiencia merece la pena relatar para mostrar lo costoso que significa gestionar los reclamos y disputas sin poder reconstruir retrospectivamente los hechos, sin un registro contemporáneo confiable y eficiente que soporte el derecho que se reclama en un arbitraje.

---

<sup>1</sup> AGARWAL, Rajat; CHANDRASEKARAN, Shankar y Mukund SRIDHAR. «Imagining construction's digital future». En *McKinsey & Company*, 24 de junio de 2016, p. 2. Recuperado de <<https://www.mckinsey.com/business-functions/operations/our-insights/imagining-constructions-digital-future>>.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

### **2.1. Primera historia: ¡qué pasó ayer!**

«Así como los amigos se olvidaron del novio en su despedida de soltero», en este caso hubo también un pequeño gran olvido.

La historia relata el desarrollo de un proyecto de construcción e instalación de torres y tendidos de líneas de transmisión eléctrica en el centro del país. La discusión se centró en la pérdida de productividad del contratista generada por interferencias imputables al comitente.

La pérdida económica por los mayores costos de mano de obra tenía que ser documentada con el registro diario de las tareas o actividades de cada cuadrilla de obreros durante los 1,5 años de actividades disruptivas.

El contratista no contaba con este registro y sus asientos del cuaderno de obra no lograban evidenciar información suficiente.

### **2.2. Segunda historia: ¡qué pasó ayer! Parte II**

En este caso «verdaderamente nadie se acordaba de nada y nadie sabía nada, una verdadera pérdida de memoria», los escasos registros no eran suficientes para entender lo sucedido.

Se trata de la historia de la construcción de un hotel cinco estrellas en la península de Paracas, al sur de la capital. El comitente resuelve el contrato al constructor, impide su ingreso, ejecuta las cartas fianzas y termina financiando la obra con las valorizaciones pendientes de pago.

La discusión se centró en si existía o no causal imputable al constructor para resolver el contrato. No había forma de romper la presunción de culpabilidad<sup>3</sup> de la causal si no era con el récord diario de la obra, pero el escenario era el siguiente: cuaderno de obra desactualizado y sin

---

<sup>3</sup> De acuerdo al artículo 1329 del Código Civil: «*Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor*» (énfasis agregado).

copia para el constructor, cronograma de obra nunca actualizado ni aprobado, cartas de requerimiento nunca contestadas, escasas comunicaciones enviadas sin control documental, etc.; sólo se contaba con correos electrónicos.

Éste sería el punto de partida para reconstruir y encontrar una trazabilidad de hechos documentados para dos años de obra. Pero eso no era todo, había que identificar entre estos correos electrónicos cuáles contenían una declaración de voluntad que fuera eficaz legalmente.<sup>4</sup>

Estos son los típicos casos que significa poner la «bola en la ruleta» para esperar ganar o perder en el juego; pero peor aún, incluso logrando que estos arbitrajes puedan tener un final feliz, lo que se esconde detrás del éxito y bajo la alfombra son los típicos errores de una gestión contractual deficiente, que se repetirán una y otra vez hasta que al participante le toque salir del juego.

He aquí que el registro contemporáneo de obra toma un papel relevante en la eficiencia del reclamo y con ello en la gestión del proyecto.

El registro contemporáneo es data y la data es el nuevo dólar. La información contemporánea del proyecto es una espada valiosísima para diseñar la estrategia del reclamo, por el lado del contratista, y un escudo poderoso para defenderse, por el lado del comitente.

Para el abogado ser clarividente pareciera ser parte de una obligación profesional, ya que base de su entrenamiento es predecir

---

<sup>4</sup> Conforme el artículo 1374 Código Civil:  
«La oferta, [...] y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento que llegan a la dirección del destinatario [...].  
Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el *acuse de recibo*» (énfasis agregado).  
En otras palabras, había que identificar este «acuse de recibo» de aquellos correos que contenía una declaración de voluntad para que sea válida y eficaz.

aquello que puede suceder en el futuro. Pero, en realidad, no se necesita ser clarividente ni mucho menos abogado para anticipar el nivel de eficiencia del reclamo en este tipo de contratos, basta con tener el control de la información del proyecto, de otro modo se maximiza el nivel de azar en el resultado del reclamo en un contrato que por naturaleza es de riesgo y ventura.<sup>5</sup>

El registro contemporáneo es fuente primaria de trazabilidad de la información, es el hilo conductor para realizar un análisis retrospectivo fáctico y técnico confiable. Este registro documental sincrónico del proyecto debe iniciarse desde etapas tempranas con los documentos pre-contractuales incluso (para probar el sentido de interpretación del contrato ante la duda de su alcance): actas, asientos del cuaderno de obra, memorias descriptivas, cartas, correos, tareas, informes, fotografías y videos, etcétera.

La gran limitación temporal que requiere la fuente de prueba para ser idónea en un arbitraje en construcción hace que en muchos casos ni los informes de expertos ni las visitas de los árbitros a la obra sean lo suficientemente adecuados para probar una situación producida con mucho tiempo de anterioridad, incluso cuando las condiciones o circunstancias que rodeaban los hechos desaparecieron.

Esto es lo que agrega dificultad a esta clase de reclamos, convirtiendo en algunos casos al arbitraje en una mera competencia de argumentaciones.

El aporte de la tecnología en el modelamiento de la información para la construcción marcará un hito muy importante para todos los ac-

---

<sup>5</sup> Al respecto, Podetti agrega que: «La promesa de un resultado que debe obtenerse haciendo, y, por ende, requiere de una no deseada pero imprescindible participación del tiempo, convierten al contrato de construcción en uno de los de mayor incertidumbre y más alto riesgo». PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 279.

tores de proyectos (en especial, para los abogados) obligándolos a utilizar plataformas colaborativas como el Building Information Modeling<sup>6</sup> (BIM)<sup>7</sup> como fuente de prueba primaria del registro contemporáneo y trazabilidad de la obra en 3D y hasta 8D, superando así el registro manual o escrito.<sup>8</sup>

La revolución digital planteó el reto de cambiar.

### 3. BUILDING INFORMATION MODELING (BIM) EN LA CONSTRUCCIÓN

El modelamiento de información asistido no es una actividad reciente. El estudio McKinsey se remonta a 1970; las principales compañías aeroespaciales fueron pioneras en el modelado tridimensional asistido por computadora, transformando la forma de diseñar y construir los aviones, mejorando la productividad del sector en hasta diez veces.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> A modo de aclaración, las palabras *modeling* y *modelling* tienen el mismo significado. La primera corresponde a la gramática americana (Estados Unidos) y la segunda a los demás países de habla inglesa (Gran Bretaña, entre otros).

<sup>7</sup> Según la National Institute of Building Sciences: «A BIM is a digital representation of physical and functional characteristics of a facility. As such it serves as a shared knowledge resource for information about a facility forming a reliable basis for decisions during its lifecycle from inception onward. / A basic premise of BIM is collaboration by different stakeholders at different phases of the lifecycle of a facility to insert, extract, update, or modify information in the BIM to support and reflect the roles of that stakeholder. NATIONAL INSTITUTE OF BUILDING SCIENCES. *United States. National Building Information Modeling Standard. Version 1 - Part 1: Overview, Principles, and Methodologies. Final Report, 2007*, p. 21. Recuperado de <[https://buildinginformationmanagement.files.wordpress.com/2011/06/nbimsv1\\_p1.pdf](https://buildinginformationmanagement.files.wordpress.com/2011/06/nbimsv1_p1.pdf)>.

<sup>8</sup> Un importante paso se viene dando en materia de obra pública. Mediante Resolución de Presidencia n.º 100-2020-OSCE/PRE del 30 de julio de 2020 se formaliza la aprobación de la Directiva n.º 009-2020-OSCE/CD, el cual estableció disposiciones para la implementación y uso de una herramienta informática para optimizar el registro de la información relevante de la ejecución de las obras, de manera ágil, oportuna y transparente; así como el acceso a dicha información durante y después de culminada la ejecución de la obra, cautelando la inalterabilidad de su registro. Esta Directiva desarrolla los lineamientos para la implementación y uso del cuaderno de obra digital, de conformidad con lo dispuesto en la decimotercera disposición complementaria final del Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 344-2018-EF.

<sup>9</sup> Cfr. AGARWAL, Rajat; CHANDRASEKARAN, Shankar y Mukund SRIDHAR. *Op. cit.*, p. 6.

Por otro lado, el informe añade que la industria de la construcción todavía utiliza herramientas de *software* hechas a la medida, utilizando tanto propietarios como contratistas diferentes plataformas que no armonizan entre sí, no existiendo una única fuente que proporcione una visión integrada en tiempo real del diseño del proyecto, costo y programación.<sup>10</sup>

Éste es el espacio que la tecnología viene conquistando y que cambiará la manera de diseñar, construir, operar y darle mantenimiento a los grandes proyectos de infraestructura en el mundo.

La tecnología en la construcción ya tiene un nombre: BIM, y cambiará la práctica del control y productividad del proceso constructivo, y con ello la forma de gestionar y solucionar los conflictos durante la ejecución de los proyectos.

La tendencia del mercado es exigir proyectos sostenibles y cada vez más eficientes, y para ello reclama «información inteligente» que le permita a la industria gestionar muchos datos con facilidad, certeza y rapidez que sirva de soporte de decisiones estratégicas.

La manera como hoy se registra contemporáneamente el avance de la obra será superada rápidamente con esta nueva metodología de control de información integral en tiempo real, mejorando el análisis predictivo del proyecto.

BIM no es un *software*, no es un programa informático, es una plataforma tecnológica colaborativa que procesa información sincrónica del proyecto para reducir errores y potenciar su productividad.

BIM registra todo el proceso constructivo en plataformas virtuales integradas e incluso con acceso a aplicativos móviles tanto en *smartphones*

---

<sup>10</sup> *Ibidem.*

y en tabletas.<sup>11</sup> Centraliza y sincroniza toda la información (planos, cambios, eventos, interferencias, errores, no conformidades, recuperaciones, aceleraciones constructivas y su relación con el programa de actividades en tiempo y costo) poniéndola a disposición de todas las partes involucradas *on time*, para la toma de decisión informada.

Entonces, si esta plataforma colaborativa facilita la gestión constructiva, la identificación de interferencias, el control de variaciones y facilita también la compatibilización de la ingeniería, entre otros, se propende a la participación temprana de las partes en la solución de conflictos, eliminando posiciones estratégicas y favoreciendo la gestión contractual del proyecto, minimizando errores, mejorando la calidad, así como el cumplimiento de tiempo y costos del proyecto.

Este escenario reducirá la aparición de disputas, pero, mejor aún, reducirá el costo de resolverlas y eso es eficiencia.

### ***3.1. Dimensiones BIM***

Las *dimensiones BIM* ponen sobre la mesa la discusión de cómo y cuánto el derecho debe cambiar para entender esta nueva realidad o forma de construir.

Desde el inicio, el proceso de digitalización de los planos del proyecto busca registrar tridimensionalmente la obra (3D), compatibilizar toda la ingeniería (sus especialidades) permite visualizar espacialmente la obra antes de su ejecución física y definir antelada y virtualmente su alcance, es decir, aquello que será el entregable.

Este primer acercamiento al diseño virtual de obra ayudará a reducir errores, y con ello órdenes de cambio; reducirá tiempos de espera de

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, en el mercado peruano, la empresa Digital Bricks lidera la transformación digital de todos los procesos de la construcción, permitiendo controlar el proyecto desde el campo a través de diferentes dispositivos. Más información en <<http://digitalbricks.com.pe>>.

requerimiento de información completa, precisa, confiable, y con ello anticipar o evitar impactos en el plazo de ejecución de la obra o eventos que afecten la productividad.

El modelamiento del proyecto en 4D significa dimensionar o integrar la variable del tiempo en esta plataforma de información. La ingeniería del proyecto se entrelaza con la programación de la ruta crítica de la obra. Esto permitirá registrar cómo se modificará la ruta crítica por aquel evento que la impacte, trasladando automáticamente la fecha de la conclusión de la obra. Esto es relevante, ya que se puede programar eficientemente las actividades y programación de la procura; pero aún mejor, ayudará a conocer con certeza la fecha de operación del proyecto y, consecuentemente, su mantenimiento. En resumen, esta información es importante para conocer integralmente la planificación de la construcción en el tiempo.

El modelamiento en 5D significa integrar a esta plataforma de información el control del costo del proyecto. En otras palabras, identifica, registra y analiza el impacto de los cambios o eventos en el costo del proyecto. Tener información temprana del impacto de un cambio o evento en los costos de los proyectos permite identificar las consecuencias de los riesgos y tomar mejores decisiones de cara al retorno de la inversión del proyecto. En ese mismo sentido, Kamardeen refiere que:

This reduces the time taken for quantity take-off and estimation from weeks to minutes, improves the accuracy of estimates, minimizes the incidents for disputes from ambiguities in CAD data, and allows cost consultants to spend more time on value improvement.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> KAMARDEEN, Imriyas. «8D BIM modelling tool for accident prevention through design». En EGBU, C. (editor). *Procs 26th Annual ARCOM Conference*, 6-8 de septiembre de 2010, Leeds, UK, Association of Researchers in Construction Management, p. 285. Recuperado de <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.461.8274&rep=rep1&type=pdf>>.

El dimensionamiento en 6D «conciene a todo lo relativo a la sostenibilidad del modelo. Cubre aspectos tales como el uso energético, durabilidad en el tiempo de los materiales, diseño medioambiental y estrategias energéticas». <sup>13</sup> Asimismo, modela la información que será entregada al propietario al terminar la fase constructiva, es el *as built* del proyecto y contiene información de los «dossier de calidad» de la obra, detalles de los componentes, materiales, manuales, garantías, contactos de los fabricantes, etcétera, todo aquello que le permita al dueño del proyecto registrar y conocer cómo será el comportamiento de la obra durante la fase de operación.

El modelamiento en 7D está dirigido a optimizar los procesos de mantenimiento del proyecto, permite programar inspecciones, reparaciones, remodelación y controlar mejor los costos y tiempos de manera anticipada para mejorar la vida útil y eficiencia de la obra.

Finalmente, la dimensión 8D está vinculada a la prevención de accidentes a través del diseño. Al respecto, Kamardeen señala que:

PtD (Prevention through Design) leveraging on BIM consists of three tasks: (1) hazard profiling of BIM model elements, (2) providing safe design suggestions for revising high hazard profiled elements, and (3) proposing on-site risk controls for hazards that are uncontrollable through design revisions.<sup>14</sup>

Estas ocho dimensiones son la *esencia BIM* en la generación, registro y control de la información, y la nueva base o fuente de prueba cuyo reto se plantea a futuro.

---

<sup>13</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Carlos. *Building Information Modeling: metodología, aplicaciones y ventajas. Casos prácticos en gestión de proyectos*. Tesis para el grado de máster en Edificación, especialidad de gestión en la Universidad Politécnica de Valencia y Escuela Técnica Superior Ingeniería de Edificación, Valencia, 2015 p. 30. Recuperado de <<https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/56357/TFM%202015%20CARLOS%20GONZALEZ.pdf?sequence=1>>.

<sup>14</sup> KAMARDEEN, Imriyas. *Op. cit.*, p. 285.

### ***3.2. Ventajas en el uso del BIM***

No es difícil identificar rápidamente las ventajas comparativas y competitivas del uso del BIM en la trazabilidad del proyecto con el registro tradicional.

Digitalizar toda la información del proyecto, así como los flujos de trabajo o gestión significará abandonar el papel, superar la «era del Post It» en la construcción, compartir información en línea, propender a la colaboración y controlar mejor los riesgos, y lo más importante, asegurar la calidad del resultado; en otras palabras, es abrir la puerta a la transparencia de la información en la gestión del proyecto.

La transparencia cobra ahora una vital relevancia en la ejecución de proyectos de infraestructura. Para el Estado peruano es fundamental asentar la transparencia en la contratación pública como herramienta para combatir la corrupción y el control eficiente de los recursos públicos.

La manera como se hacen hoy las cosas debe ser una de las razones de la baja productividad y márgenes que la industria reporta no sólo en el Perú, sino a nivel internacional. El ingeniero aún depende del papel para gestionar sus procesos y entregables; aún anota o asienta a mano alzada eventos en cuadernos de obra; registra, además, avances que luego traslada a cuadros en formato Excel, destinando tiempo valioso que podría estar dedicado al proceso constructivo. Por su parte, el comitente dedica igual o mayor tiempo a su propio registro de control de avance de obra, cuando en ambos casos es información que las partes deben tener con acceso inmediato y contemporáneo en una misma plataforma.

Como se aprecia, manteniendo esta forma tradicional de gestionar los proyectos, los propietarios y contratistas trabajan con información diferente para el control y progreso de la construcción, miran las órdenes

de cambio desde perspectivas diferentes y retrasan el intercambio de información, multiplicando los conflictos.

Dos ejemplos concretos de esta ventaja o beneficio generada por la digitalización de los flujos de trabajo describe el estudio McKynsey. El primero refiere a un proyecto de túnel estadounidense que involucró a casi 600 proveedores, el contratista desarrolló una solución de plataforma única para la licitación y administración de contratos que significó un ahorro al equipo de gestión del proyecto de más de 20 horas de tiempo por semana, redujo el tiempo de elaboración de informes en un 75 % y aceleró el envío de documentos en un 90 %. Un segundo caso fue el de un proyecto ferroviario de 5 mil millones de dólares en el que se ahorró más de 110 millones de dólares y aumentó la productividad utilizando flujos de trabajo automatizados para las revisiones y aprobaciones.<sup>15</sup>

En el 2011, el Reino Unido hizo un cambio estratégico en sus políticas públicas<sup>16</sup> para buscar reducir los costos de infraestructura en un 20 %, regulando normativamente el uso del BIM en todos los proyectos públicos que se desarrollen. Sus resultados reportaron entre el periodo del 2011 y 2014 una reducción de costos entre el 12 % y el 20 %, según lo planeado, ahorrando unos 2300 millones de dólares y reduciendo significativamente los plazos de ejecución.<sup>17</sup>

Este resultado objetivo de reducción de costos de los proyectos públicos fue el punto de partida para confirmar que esta nueva metodología de información funciona. Por ello, el Parlamento Europeo a través

---

<sup>15</sup> Cfr. AGARWAL, Rajat; CHANDRASEKARAN, Shankar y Mukund SRIDHAR. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>16</sup> Al cual se lo denominó Plan estratégico «Building Information Modelling (BIM) Working Party Strategy», creando UK BIM Task Group como la agencia del Gobierno británico para desarrollar este plan de «construcción digital».

<sup>17</sup> HENRÍQUEZ, Pauline y Claudia SUAZNÁBAR. «BIM, las tres letras de la construcción inteligente». En *Blog Puntos sobre la i. Un blog del BID para conversar sobre la innovación en América Latina y el Caribe*, 29 de marzo de 2018. Recuperado de <<https://blogs.iadb.org/innovacion/es/bim-transformacion-digital-en-la-construccion/>>.

de la Directiva 2014/24/UE<sup>18</sup> recomienda a todos los países de la Unión Europea la inclusión del BIM en sus normativas de contratación y licitaciones públicas.<sup>19</sup>

Por otro lado, gobiernos de los países escandinavos como Noruega, Dinamarca y Finlandia, así como algunos del Asia como China y Corea del Sur, están apostando fuertemente por normar el uso obligatorio del BIM en el desarrollo de obra pública.

Desde el 2003, el líder mundial en el desarrollo e implementación del BIM en la industria de la construcción es Estados Unidos de Norteamérica. En todo este tiempo cuenta con un amplio portafolio de proyectos no sólo privados, sino también públicos, y, además, con guías metodológicas, protocolos que permiten la interoperatividad de todos los agentes que intervienen en el proyecto y órganos reguladores como General Services Administration (GSA) del Gobierno Federal.

En América Latina y el Caribe, Chile<sup>20</sup> viene implementando programáticamente desde el año 2016 la utilización obligatoria del BIM para el desarrollo de infraestructura pública bajo el liderazgo de la

---

<sup>18</sup> Inciso 4 del artículo 22: «Para los contratos públicos de obra y concursos de proyectos los Estados miembros podrán exigir el uso de herramientas electrónicas específicas, como herramientas de diseño electrónico de edificios o herramientas similares. [...]» (énfasis agregado).

<sup>19</sup> GARCÍA LIBRERO, Javier. «BIM será obligatorio en obras públicas de España este 2018». En *ArchDaily*, 20 de marzo de 2018. Recuperado de <<https://www.archdaily.pe/pe/890822/bim-sera-obligatorio-en-obras-publicas-de-espana-este-2018>>.

<sup>20</sup> En Chile, esta iniciativa comenzó en noviembre de 2015, cuando «[...] la presidenta de Chile, Michelle Bachelet, anunció, en una conferencia ante empresarios, que a partir de este año se empezarían a implementar las tecnologías BIM en el sector público y que se trabajaría gradualmente para llegar a 2020 con su inclusión como requisito en 100 % de las licitaciones estatales. La idea del plan BIM —como se le llamó— es “aumentar la productividad de la industria de la construcción a partir de la incorporación de ciertas metodologías de gestión de la información en todo el ciclo de vida de un proyecto: desde su diseño hasta la operación y la edificación”, explicó Carolina Soto, directora ejecutiva del Plan BIM de la Corporación de Fomento de la Producción de Chile. RECAGNO, Virginia. «Gobierno chileno presenta a MTOP y privados tecnología para aumentar productividad en construcción de obra civil». En *La Diaria*, 27 de octubre de 2016. Recuperado de <<https://ladiaria.com.uy/articulo/2016/10/gobierno-chileno-presenta-a-mtop-y-privados-tecnologia-para-aumentar-productividad-en-construccion-de-obra-civil/>>.

Corporación de Fomento de la Producción. Esta iniciativa le permitirá fortalecer y estandarizar su utilización para todos los proyectos públicos en el futuro.

En el Perú existe un interés creciente anclado principalmente en la ejecución de proyectos privados y que —en los últimos dos años— dejaron de ser intentos incipientes en el sector público<sup>21</sup> para consolidarse en una decisión de política pública mejor articulada que comienza a tomar forma.

La evolución legislativa del *Building Information Modelling* en materia de obra pública desde el 2018 se aprecia como sigue:

- i. Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, vigente desde el 9 de diciembre del 2018 (numeral 4 del párrafo 8.2 del artículo 8;<sup>22</sup> y cuarta disposición complementaria final<sup>23</sup>).

---

<sup>21</sup> Por ejemplo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el año 2013 convocó a licitación dos proyectos: (i) Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Ica, distrito de Santiago, provincia de Ica, departamento de Ica; y, (ii) Instalación del servicio de readaptación social en el nuevo establecimiento penitenciario de Áncash, distrito de Casma, provincia de Casma, departamento de Áncash; en donde solicitó en el numeral 15.8 de los términos de referencia que la maqueta virtual-3D del proyecto «[...] deberá realizarse en un programa computacional acorde a los requerimientos (3D Studio Max, Archicad, Autocad, Form Z, o similar) para esto el consultor deberá de contar al momento de la contratación, de los requerimientos computacionales y *software* para elaboración adecuada de la maqueta».

<sup>22</sup> «4. Emitir las metodologías colaborativas de modelamiento digital de la información, para mejorar la transparencia, calidad y eficiencia de las inversiones».

<sup>23</sup> Cuarta.- «Implementación progresiva de las metodologías colaborativas de modelamiento digital de la información.

La implementación e incorporación de metodologías colaborativas de modelamiento digital de la información a que se refiere el numeral 4 del párrafo 8.2 del artículo 8 del presente Reglamento se realiza de manera progresiva. Para tal efecto, la DGPMI aprueba las disposiciones necesarias para la adopción de los aplicativos informáticos y la generación de capacidades».

Mediante la citada norma se faculta a la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas a emitir las metodologías colaborativas de modelamiento digital de la información para mejorar la transparencia, calidad y eficiencia de las inversiones. La implementación de estas metodologías se realizará de manera progresiva.

- ii. Décimo primera disposición complementaria final del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado,<sup>24</sup> vigente desde el 30 de enero del 2019.

A través de la referida norma se indica que se establecerán, mediante decreto supremo, criterios para la incorporación progresiva de herramientas obligatorias de modelamiento digital para la ejecución de obras que permitan mejorar la calidad y eficiencia de los proyectos en su ciclo de vida.

- iii. Medida de Política 1.2: Plan BIM del Plan Nacional de Competitividad y Productividad, Decreto Supremo n.º 237-2019-EF,<sup>25</sup> vigente desde el 28 de julio del 2019.

---

<sup>24</sup> Décimo primera.- «Las Entidades ejecutan las obras públicas considerando la eficiencia de los proyectos en todo su ciclo de vida. Mediante Decreto Supremo se establecen los criterios para la incorporación progresiva de herramientas obligatorias de modelamiento digital de la información para la ejecución de la obra pública que permitan mejorar la calidad y eficiencia de los proyectos desde su diseño, durante su construcción, operación y hasta su mantenimiento».

<sup>25</sup> «Ante los persistentes retrasos y sobrecostos en el desarrollo de inversiones en infraestructura, es necesario apuntar a la modernización y digitalización de los sistemas de formulación y evaluación, ejecución y funcionamiento de los proyectos de inversión. Una de las herramientas tecnológicas y digitales a impulsar es la metodología colaborativa de modelamiento digital de la información para la construcción (BIM, por sus siglas en inglés: *Building Information Modeling*). En efecto, la decimoprimer disposición complementaria final del Texto Único Ordenado de La Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo n.º 082-2019-EF) determina que, mediante Decreto Supremo, se establecerán los criterios para la incorporación progresiva de herramientas de modelamiento digital de la información para la ejecución de los proyectos de infraestructura pública, en cualquiera de sus modalidades. Esto permitirá mejorar la calidad y eficiencia de los proyectos desde su diseño, durante su construcción, operación y hasta su mantenimiento. Para tales efectos, el Reglamento del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones - INVIERTE.PE (Decreto Supremo n.º 284-2018-

La citada norma impulsa la implementación de metodologías colaborativas de modelamiento digital con el objetivo de lograr mayor trazabilidad de procesos, la predictibilidad, control y reducción de costos y plazos, así como la disponibilidad de información

---

EF) dispone como función de la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones (actualmente Dirección General de Inversión Pública) emitir las metodologías colaborativas de modelamiento digital de la información, para mejorar la transparencia, calidad y eficiencia de las inversiones.

Esta medida propone establecer dichos criterios y la adopción progresiva del BIM en el sector público. Asimismo, plantea los criterios para las fases de formulación y evaluación, ejecución y funcionamiento del ciclo de la inversión en proyectos intensivos en infraestructura; con el fin de mejorar la transparencia, calidad, eficiencia y rentabilidad social de la inversión pública.

El BIM es una metodología colaborativa para el diseño, construcción y operación de infraestructura en un espacio virtual. Constituye un cambio de paradigma para la gestión de la información de proyectos a lo largo de su ciclo de vida. Para alcanzar el máximo potencial de beneficios financieros y sociales del uso de la Metodología BIM se requiere que su adopción sea más amplia y coordinada entre todos los agentes que participan en la cadena de valor de un proyecto de infraestructura: sector público, sector privado y la academia. Se busca implementar herramientas que permitan la detección de interferencias desde el diseño del proyecto, favoreciendo así a la calidad, la transparencia y la trazabilidad del mismo. Con esta medida se pretende incluso evolucionar los sistemas tradicionales de planos para la construcción de proyectos para dar pie a plataformas que incorporen información geométrica, datos sobre tiempos y costos, así como aspectos regulatorios, ambientales y vinculados al mantenimiento del proyecto.

Como beneficios esperados de la adopción del BIM en el sector público se encuentran la mayor trazabilidad de procesos; la predictibilidad, control y reducción de costos y plazos; así como la disponibilidad e información homogénea y oportuna. Ello traería mejoras significativas en la productividad de la inversión en infraestructura, así como en su rentabilidad social.

El Plan BIM, cuyo detalle de implementación y hoja de ruta estará listo en marzo del 2020, propone una estrategia de adopción progresiva de la metodología BIM, que consiste en generar un marco normativo e institucional para su implementación, así como una estrategia para la elaboración de estándares y metodologías aplicables a inversión pública en infraestructura. Se trabajará en una estrategia con la oferta formativa peruana para la generación de capital humano en el uso del BIM. Esta adopción requerirá también el desarrollo de una tecnología habilitante que brinde el espacio virtual colaborativo y una adecuada estrategia de difusión y comunicación para que todos los actores relevantes se involucren. Al tratarse de una adopción progresiva, se empezará con una serie de proyectos piloto dentro del sector público.

Asimismo, es importante mencionar que en el marco de la estandarización de proyectos de inversión en general y en lo que en respecta al BIM en particular, se realizarán coordinaciones con el sector privado, la academia, así como otros órganos competentes del sector público (p. ej. sectores involucrados, OSCE, Perú Compras, entre otros) a fin de facilitar la elaboración de estándares y usos del BIM en las diferentes fases del ciclo de inversión en el marco del Invierte.pe con énfasis en las fases de ejecución y de funcionamiento. Ello incluye términos de referencia estándar, estándares y protocolos para usos del BIM a lo largo del ciclo de inversión, cláusulas tipo, requerimientos BIM estandarizados como anexo o complemento a las bases de licitación, entre otros. Los plazos particulares para ello serán de conocimiento en el marco del Plan de Implementación y Hoja de Ruta del Plan BIM».

homogénea y oportuna, lo que traerá mejoras significativas en la productividad de la inversión, así como en su rentabilidad social.

- iv. Disposiciones para la incorporación de BIM en la inversión pública, Decreto Supremo n.º 289-2019-EF,<sup>26</sup> vigente desde el 8 de septiembre del 2019.

La referida norma plantea los principios para la adopción y uso del BIM (eficiencia, calidad, colaboración, transparencia y coordinación). Asimismo, regula criterios y articulación para su incorporación (progresividad, condiciones de la organización, integridad, características de la infraestructura). Finalmente, la citada norma aprueba el Plan BIM Perú, el cual tiene como propósito reducir los sobrecostos y atrasos en la ejecución de la infraestructura pública, hacer más eficiente su operación y mantenimiento, así como propiciar la transparencia en los procesos de inversión pública.

Es clave a este punto superar rápidamente toda limitación que transforme disruptivamente la manera de ejecutar las obras públicas en el país, y que ofrezca mayor valor por el dinero invertido, transparencia en la contratación, que mejore la calidad de la infraestructura y lo más importante: que ofrezca competitividad sostenible en la industria.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> **Artículo 1.-** «Objeto Se establece disposiciones para la incorporación progresiva de BIM en los procesos de inversión pública de las entidades y empresas públicas sujetas al Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, creado por el Decreto Legislativo N° 1252, Decreto Legislativo que crea el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones», y siguientes (artículo 2. Definiciones; 3. Principios para la adopción y uso de BIM; 4. Criterios y articulación para la incorporación de BIM; 5. Aprobación e implementación del Plan BIM Perú; 6. Financiamiento).

<sup>27</sup> Cfr. ZAVALA, Verónica. «¿Cómo revolucionar las compras y contrataciones con el Estado?». *En Semana Económica*, 10 de abril de 2018. Recuperado de <<http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/tecnologia/274723-revolucion-en-compras-y-contrataciones-publicas/>>.

Mejorar la productividad se ha convertido en el nuevo norte en la construcción y ante esta realidad es preciso anticipar cómo se comportará la gestión contractual de estos proyectos y el cambio en la gestión de las disputas arbitrales.

#### 4. LOS CAMBIOS EN LA GESTIÓN CONTRACTUAL

El reto que plantea esta realidad inevitable es saber cuán flexible será la industria de la construcción al cambio o cuanto está dispuesto a cambiar en la gestión contractual.

Es decir, no hay duda que el cambio se dará, la pregunta importante es *¿cómo cambiará la gestión contractual?*, y más específico, *¿cómo cambiará la gestión de los reclamos y controversias durante la ejecución del proyecto?*

Abandonar el papel es ya el primer paso del cambio y, tener un mejor control de la productividad, calidad de la ejecución y su mantenimiento eficiente será la meta; y en el camino las herramientas tecnológicas se convertirán en el mejor socio de la gestión contractual durante todo el ciclo de la obra para mejorar superlativamente la planificación del proyecto, la identificación temprana y gestión de defectos, levantamiento de las no conformidades, seguimiento de tareas, control documentario, eficiencia en los flujos de trabajo, reducción de reprocesos, mejorando los plazos de ejecución y de entrega de la obra, y proyectando predeciblemente mejor el mantenimiento de la obra.

El acceso a esta data durante la ejecución del proyecto es fundamental para la gestión eficiente de los reclamos o controversias, al estar las partes alertadas contemporánea y simultáneamente de los diferentes problemas que se susciten de obra. En consecuencia, se reducirá sustancialmente cualquier posición estratégica que las partes pretendan tomar para mejorar su enfoque y los obligará a trabajar colaborativamente en la solución del reclamo a tiempo y, en la práctica, reducir eficientemente el costo de su solución.

No hay duda que un contexto como éste se potencia la función esencial de las juntas de resolución de disputas y ayudaría a masificar su utilización en los proyectos de construcción y, en especial, los de obra pública, porque vigoriza y fortalece la función preventiva de los conflictos, reduciendo el espacio para la disputa.

En esta plataforma colaborativa, el acceso a la información es clave para la gestión contractual multiparte del proyecto, es decir, el acceso abierto a todos los sujetos involucrados en la cadena del proyecto: diseñador-proyectista, propietario o comitente, inversionista, asegurador, supervisor, contratista, subcontratista, y mejor aún miembros de una junta de resolución de disputas, dota de transparencia a la ejecución y ello permite identificar mejor los riesgos y responsabilidades que cada uno de los involucrados asumió con relación al proyecto.

Esta transparencia de la información durante la ejecución del proyecto ayuda a que las partes sean más cuidadosas, diligentes y controlen mejor todas las precauciones que deben tomar durante su participación en el proyecto.

## **5. LOS CAMBIOS EN LA ACTIVIDAD PROBATORIA DE LAS DISPUTAS ARBITRALES**

Las disputas que sobrevivan experimentarán también una evolución en el plano probatorio de los arbitrajes.

*La pregunta que surge es si esta tecnología simplificará el escenario probatorio en las disputas arbitrales o por el contrario lo hará más complejo.*

Predecir lo que sucederá en los arbitrajes en construcción es nuevamente todo un reto. Por lo menos, hacer complejo lo técnicamente ya complejo parece ser una posibilidad más lejana.

La utilización de esta plataforma de «información inteligente» orientará una actividad probatoria dirigida a hacer simple lo complejo, es decir, a simplificar la información y su análisis crítico: el registro de la data contemporánea y la visualización de cómo se comportó la obra durante su ejecución facilitará la confrontación de la prueba con cada uno de los eventos que impactaron en el plazo, precio y calidad de la obra. Esta muestra virtual del comportamiento de una obra impactada en el tiempo colocará a los árbitros en un estado muy cercano a la contemporaneidad de los hechos y con ello se hará más predecible una decisión final no sólo con la realidad contractual, sino también con la realidad técnica.

Imaginemos por un momento una actual disputa de responsabilidad del contratista por vicios ocultos. El esfuerzo de las partes por reconstruir la historia de la obra para encontrar el punto de inflexión es incommensurable, más aún si agregamos la ausencia de registro suficiente y casos donde inevitablemente se deben practicar pruebas destructivas forenses, que en casos extremos signifique parar la producción.

La actividad de prueba en este tipo de arbitrajes se vuelve lenta, costosa, densa y lejana para los árbitros, cuando en verdad lo que necesitamos es acercar a los árbitros rápidamente a descubrir aquel defecto oculto. Esta plataforma colaborativa pondrá a disposición de los árbitros la «realidad virtual» de la obra con la precisión esperada para no fallar. Seguramente, en este escenario futuro, los vicios ocultos dejarán de serlo, al poder las partes identificar tempranamente los defectos, reduciendo esta categoría de conflicto a situaciones realmente muy excepcionales.

Lo dicho hasta aquí no significa que todo estará libre de controversia; por el contrario, ahora se abre una variante de reparos probatorios que deben ser tenidos muy en cuenta: (i) la fuente de prueba; (ii) confiabilidad de la información; (iii) su actuación.

En cuanto al reparo sobre *la fuente de prueba*, como hemos mencionado, BIM no es un *software* no es un programa informático, es una plataforma tecnológica colaborativa que procesa información sincrónica del proyecto de muchas y variadas fuentes, por tanto, ya aquí existe una discusión.

Esta plataforma sincroniza virtualmente el proyecto a partir de información que ofrece diferentes fuentes: 3D studio Max, Archicad, Autocad 3D, Form Z, Primavera, REVIT, PERT, CPM, etcétera.<sup>28</sup> De esta manera, todas estas fuentes modelan o maquetizan el proyecto en realidad virtual. La discusión se centrará en si alguna de estas fuentes fue la más apropiada o no para el tipo de proyecto y si ello puede generar un modelamiento con información menos precisa; no es un tema menor a efectos de acreditar el impacto de un evento en el proyecto si no existe un acuerdo o consenso respecto de todas estas fuentes a disposición de esta plataforma de información.

El consenso de las partes se vuelve fundamental, de otro modo resultaría contradictorio que una de las partes cuestione técnicamente la idoneidad de la fuente, en vista que, a diferencia del escenario típico de la discusión respecto la suficiencia técnica o no de la pericia de la parte contraria, en este caso, los alcances, nivel de profundidad y demás características de las fuentes del BIM se derivan de las exigencias que las mismas partes aceptaron al momento de celebrar el contrato. Es decir, el contratista y el comitente, como sofisticados usuarios del BIM, partieron de la premisa que las fuentes utilizadas eran las apropiadas para

---

<sup>28</sup> En ese contexto, como afirma Coloma: «[...] el Building Information Modeling es la suma de una metodología de trabajo y de una serie de herramientas que se usan con unos determinados objetivos que dependen de la construcción de un modelo de información que debe ser creado a través de un tipo de software específico. Por otra parte, si bien es cierto que no hay tecnología BIM sin herramientas BIM, también es cierto que no todo el software que se utiliza en este universo puede ser calificado como tal. Ni mucho menos. Por otra parte, también hay que ser conscientes que esta tecnología no se limita al uso de las aplicaciones BIM». COLOMA PICÓ, Eloi. *Introducción a la tecnología BIM*. Barcelona: Universidad Politécnica de Cataluña, 2008, p. 12.

su proyecto. Incluso, puede darse el caso que las partes resolvieron sus conflictos durante la ejecución de la obra con las mismas fuentes que meses o años más tarde pretenden descalificar. En este supuesto, la parte que cuestiona la idoneidad de algunas de las fuentes del BIM estaría actuando contra sus propios actos (*venire contra factum proprium*) contraviniendo la buena fe,<sup>29</sup> conforme se evidencia a continuación:

Celebro un contrato a partir de determinada fuente, la cual a juicio de las partes es la apropiada al proyecto.	Primer acto: confío	Se crea una confianza legítima (buena fe) respecto la suficiencia de la fuente.
Resuelvo consultas y conflictos a partir de la fuente técnica pactada.	Segundo acto: confío	
En el proceso arbitral sostengo que la fuente no era la apropiada.	Tercer acto: no confío	Acto contradictorio.

Sin perjuicio de lo antes indicado, habrá circunstancias en donde el cuestionamiento tenga algún asidero y será el tribunal arbitral el que tendrá que analizar los hechos del caso y el soporte técnico con el objetivo de validar o no el cuestionamiento respecto la idoneidad de las fuentes.

El siguiente reparo está referido a la *confiabilidad de la información*; en este plano se moverá ahora la discusión probatoria, es decir, si la información entregada fue la correcta o no, si el registro de la data fue erróneo o deliberadamente impreciso, o si tecnológicamente nos encontramos con corrupción de data.

<sup>29</sup> Artículo 1362 del Código Civil: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

Esta discusión puede surgir en relación con el uso de los datos. En el Reino Unido existe el Building Information Modeling (BIM) Protocol del Construction Industry Council,<sup>30</sup> el cual reúne las buenas prácticas en la utilización de esta metodología y establece, por ejemplo, que los miembros del equipo del proyecto no garantizan, expresa ni implícitamente, la integridad de los datos electrónicos entregados de acuerdo al protocolo. Además, los miembros del equipo del proyecto no tienen responsabilidad ante su comitente en relación con la modificación o alteración de la data en un modelo específico que ocurra después de que haya sido entregado, salvo cuando la modificación o alteración ha ocurrido por falla de algún miembro del equipo.

Asimismo, la parte que cuestiona la confiabilidad de la información deberá tener en consideración que el riesgo por los errores de la data es compartido, en tanto el propietario y el comitente son los responsables de ingresar la información contemporánea conforme las especificaciones técnicas pactadas.

Ahora bien, ello no implica que, por ejemplo, el contratista asuma el riesgo por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso respecto a la administración de la data por parte del propietario, pero sí está obligado a avisar inmediatamente si encontrase algún error o incongruencia respecto a dicha data, a partir de la aplicación analógica del numeral 2 del artículo 1774 del Código Civil.<sup>31</sup> En tal sentido, «[...] el contratista debe también dar inmediato aviso al comitente de los defectos que tenga la información técnica que se le ha proporcionado para la ejecución de la obra».<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Para más información:

<<http://cic.org.uk/admin/resources/bim-protocol2nd-edition-1.pdf>>.

<sup>31</sup> Artículo 1774 del Código Civil: «El contratista está obligado: [...] 2. A dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su regular ejecución».

<sup>32</sup> REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo VI, p. 466.

Por lo tanto, el contratista está obligado, dentro del límite de la diligencia ordinaria requerida,<sup>33</sup> a avisar si la información ingresada por el propietario es la correcta, si el registro que éste realizó es erróneo o si hubo alguna manipulación que llevó a la corrupción de la data, ya que resultaría contradictorio que utilice su propio incumplimiento (no avisar inmediatamente) para cuestionar la confiabilidad de la información meses o años después en un proceso arbitral cuando el momento oportuno, y al cual además estaba obligado, ya pasó.

A igual que en el caso anterior, habrá casos en donde a pesar de que el contratista actuó diligentemente, la información base del BIM no será confiable, por lo que se encontrará legitimado para cuestionarla en el proceso arbitral.

Finalmente, queda el reparo sobre su actuación probatoria, es decir, *¿cómo se actuaría esta prueba?* No es suficiente la calificación de esta plataforma digital en la categoría de prueba documental y, en particular, «documento electrónico» por contener una representación digital de hechos o datos que tienen relevancia jurídica para la solución de la controversia, sino que desde su admisibilidad debe precisarse las condiciones de su actuación, por ejemplo, las condiciones de su visualización o, de requerirse, la manera de su interacción o interfaces con otros programas, o la propia revisión del registro de la data.

Asimismo, surgen muchas preguntas: ¿si alguna de las partes no ofrece, aporta o propone la plataforma BIM como medio de prueba considerando su calidad de fuente primaria de información de todo el proyecto, el tribunal arbitral podrá hacer alguna inferencia adversa?<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Artículo 1314 del Código Civil: «Quien actúa con diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».

<sup>34</sup> A partir de una interpretación extensiva del numeral 4 del artículo 9 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional: «4. Si una Parte se negase a

¿Será recomendable que la interpretación de la plataforma BIM esté en manos de un perito de oficio con la finalidad de «procurar» independencia e imparcialidad?

Otro reto interesante en la utilización del BIM como medio de prueba se presenta para los árbitros, en vista que en la actualidad en su mayoría son abogados, es decir, en muchos casos requerirá su capacitación técnica. Probablemente, con la incorporación de las nuevas tecnologías en el sector construcción se potenciará la conformación de tribunales arbitrales multidisciplinarios.

Pero al margen de los reparos probatorios que sólo con el tiempo se irán levantando, los beneficios en la simplificación de la complejidad del caso superarán largamente la natural reacción al cambio.

## 6. CONCLUSIONES

Como conclusiones dejo algunas afirmaciones premonitorias finales:

- La gestión del conflicto cambiará prontamente con el cambio tecnológico de control del proceso constructivo, y hay que estar preparados.
- El acceso contemporáneo de la información en esta plataforma colaborativa durante el desarrollo del proceso constructivo eliminará posiciones estratégicas de las partes y fortalecerá la presencia de las JRD en la gestión preventiva del conflicto.

---

suministrar, sin explicación satisfactoria, un documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que no haya sido objetada oportunamente o se negase a suministrar un documento que el tribunal arbitral haya ordenado presentar, el tribunal arbitral podrá inferir que tal documento es contrario a los intereses de esa Parte».

- En un futuro cercano tendremos acceso a arbitrajes más atractivo para la industria, logrando ese gran reto de conseguir eficiencia en la solución de las disputas.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGARWAL, Rajat; CHANDRASEKARAN, Shankar y Mukund SRIDHAR. «Imagining construction's digital future». En *McKinsey & Company*, 24 de junio de 2016. Recuperado de <<https://www.mckinsey.com/business-functions/operations/our-insights/imagining-constructions-digital-future>>.

COLOMA PICÓ, Eloi. *Introducción a la tecnología BIM*. Barcelona: Universidad Politécnica de Cataluña, 2008.

GARCÍA LIBRERO, Javier. «BIM será obligatorio en obras públicas de España este 2018». En *ArchDaily*, 20 de marzo de 2018. Recuperado de <<https://www.archdaily.pe/pe/890822/bim-sera-obligatorio-en-obras-publicas-de-espana-este-2018>>.

GONZÁLEZ PÉREZ, Carlos. *Building Information Modeling: metodología, aplicaciones y ventajas. Casos prácticos en gestión de proyectos*. Tesis para el grado de máster en Edificación, especialidad de gestión en la Universidad Politécnica de Valencia y Escuela Técnica Superior Ingeniería de Edificación, Valencia, 2015. Recuperado de <<https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/56357/TFM%202015%20CARLOS%20GONZALEZ.pdf?sequence=1>>.

KAMARDEEN, Imriyas. «8D BIM modelling tool for accident prevention through design». En EGBU, C. (editor). *Procs 26th Annual ARCOM Conference*, 6-8 de septiembre de 2010, Leeds, UK, Association of Researchers in Construction Management, pp. 281-289. Recuperado de

<<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.461.8274&rep=rep1&type=pdf>>.

HENRÍQUEZ, Pauline y Claudia SUAZNÁBAR. «BIM, las tres letras de la construcción inteligente». En Blog *Puntos sobre la i. Un blog del BID para conversar sobre la innovación en América Latina y el Caribe*, 29 de marzo de 2018. Recuperado de

<<https://blogs.iadb.org/innovacion/es/bim-transformacion-digital-en-la-construccion/>>.

NATIONAL INSTITUTE OF BUILDING SCIENCES. *United States. National Building Information Modeling Standard. Version 1 - Part 1: Overview, Principles, and Methodologies. Final Report, 2007*. Recuperado de

<[https://buildinginformationmanagement.files.wordpress.com/2011/06/nbimsv1\\_p1.pdf](https://buildinginformationmanagement.files.wordpress.com/2011/06/nbimsv1_p1.pdf)>.

PODETTI, Humberto. *Contrato de construcción*. Buenos Aires: Astrea, 2004.

RECAGNO, Virginia. «Gobierno chileno presenta a MTOP y privados tecnología para aumentar productividad en construcción de obra civil». En *La Diaria*, 27 de octubre de 2016. Recuperado de

<<https://ladiaria.com.uy/articulo/2016/10/gobierno-chileno-presenta-a-mtop-y-privados-tecnologia-para-aumentar-productividad-en-construccion-de-obra-civil/>>.

REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo VI.

ZAVALA, Verónica. «¿Cómo revolucionar las compras y contrataciones con el Estado?». En *Semana Económica*, 10 de abril de 2018. Recuperado de

<<http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/tecnologia/274723-revolucion-en-compras-y-contrataciones-publicas/>>.



# DIFUSIÓN Y TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN: IMPACTO EN LA SEGURIDAD JURÍDICA ARBITRAL

*Angela Cristina Villate\**

**Sumario:** 1. Acceso a la información y acceso al ejercicio de derechos.— 2. ¿El acceso a la información estatal está garantizado?— 3. Plataformas o medios de acceso.— 4. Organización y presentación de la información.— 5. Decálogo para organizar la información en decisiones judiciales y arbitrales.— 6. ¿Cómo circula la información en arbitraje?— 7. Plataformas digitales abiertas para la consulta de laudos arbitrales.— 8. Enlaces de bibliotecas digitales por países.— 9. Reflexiones finales: los compromisos del arbitraje con la difusión y transparencia de la información.— 10. Referencias bibliográficas.

## 1. ACCESO A LA INFORMACIÓN Y ACCESO AL EJERCICIO DE DERECHOS

Tomás de Aquino fue uno de los personajes más representativos de la Edad Media para la cultura de occidente, canonizado en 1323, es recordado por la adaptación de la obra de Aristóteles al cristianismo. Existe un hecho anecdótico que recogen sus biógrafos: Tomás era un hombre obsesionado con su trabajo, nunca dudó en emprender

---

\* Filósofa y abogada, formación posgradual en lingüística, filosofía y analítica de datos. Estudiante de doctorado en Pensamiento complejo. Experta en el análisis de datos para proyectos sociales y de justicia, investigación, periodismo científico y social con datos. Jefa del área de Gestión del conocimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá e investigadora para Colaborar Centro de Pensamiento.

extensos viajes para conseguir un documento, comparar la taxonomía de plantas o animales, o cotejar alguna traducción con el original.

Su caso, sin embargo, era relativamente común entre la «élite culta» de la época. Empezar extensos viajes para buscar textos, relatos, fórmulas, técnicas musicales, etcétera, era una práctica común, como lo fue esperar por meses o años para lograr una traducción o aguardar por lapsos prolongados la respuesta en un cruce de correspondencia.

Aunque parezca una perogrullada afirmar que las formas de adquisición y producción de la información hoy son totalmente distintas a las de la época de Tomás, es necesario ponerlo presente porque no es un hecho menor: vivimos los tiempos de producción en masa de información, situación que alteró por completo el escenario del dominio sobre la información: pasamos de entender el privilegio como el hecho de conocer la única fuente de información, a la época en la que el privilegio consiste en identificar (entre millones de textos) información con valor.

Sin entrar en una discusión detallada sobre los síntomas y efectos de la producción y acceso en masa a la información, el balance de este fenómeno es positivo o, para ponerlo en términos de Umberto Eco, adoptamos la posición de «los integrados». No se puede negar los beneficios de la masificación: refleja la igualdad de condiciones en la que participan los ciudadanos en la vida pública; se ofrece un goce de la cultura en todos los niveles socioeconómicos y divulga conceptos de forma más asequibles.<sup>1</sup>

Con lo anterior no se afirma que tener acceso a la información garantice la culturización en masa, no se cae en el error de confundir el medio con el efecto. Sin embargo, tener acceso a la información de forma abierta y sencilla garantizaría algunas de las condiciones básicas

---

<sup>1</sup> Cfr. ECO, Umberto. *Apocalípticos e integrados*. Barcelona: Tusquets, 2001.

para el ejercicio de la libertad de expresión, pensamiento y defensa de los derechos.

## **2. ¿EL ACCESO A LA INFORMACIÓN ESTATAL ESTÁ GARANTIZADO?**

Existe un contexto en el que el acceso a la información estatal cobra una connotación relevante: la reclamación de derechos ante la administración de justicia. Conocer las decisiones judiciales (y arbitrales) es un insumo determinante en el ejercicio de una defensa razonable que, bajo los presupuestos de seguridad jurídica y confianza en el sistema judicial, acude a sentencias o laudos.

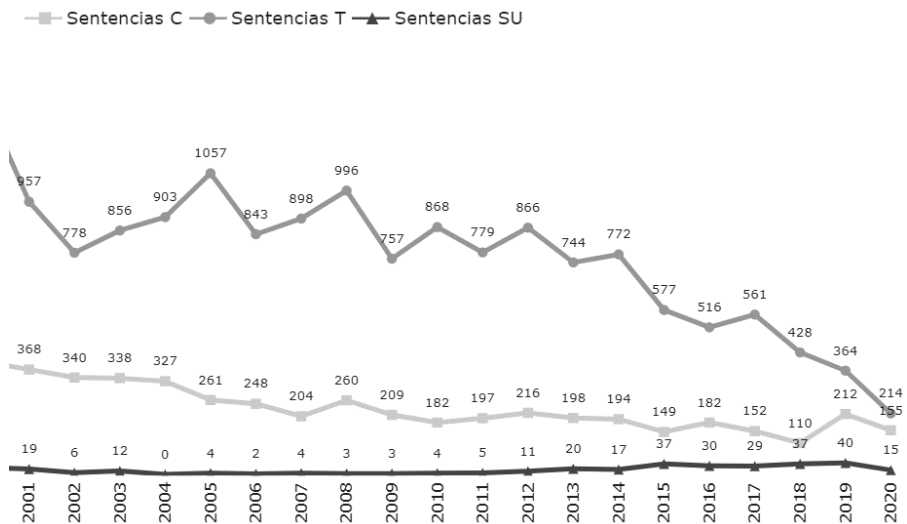
La naturaleza de estos textos (pública, performativa y razonable) genera expectativas legítimas sobre las decisiones de jueces, magistrados y árbitros. Desde una perspectiva sociojurídica se entiende como el compromiso de no defraudar la confianza de las personas en las instituciones ni en las autoridades llamadas a resolver conflictos de forma equitativa.

El acceso a la información de este tipo permitiría a los interesados contar con cierto grado de certeza sobre las tendencias decisionales y el *stare decisis* de problemas jurídicos puntuales. En un estado ideal, esta situación se traduciría en la posibilidad de los particulares de ejercer un control sobre las decisiones judiciales a la par que ejercen su derecho de defensa. Control con el que se corroboraría, por mencionar un ejemplo, la congruencia de las posiciones de jueces, magistrados o árbitros frente a la interpretación del sistema normativo.

Más aún, esperar este tipo de control es, en exceso, optimista. Al igual que la mayoría de los documentos estatales, las decisiones judiciales padecen patologías textuales que desvirtúan la claridad de la información: son innecesariamente extensas, no se dosifica la información, existen cantidades voluminosas de estos documentos, etcétera. Síntomas

que terminan por entorpecer el acceso real y uso efectivo de esta información.

Para hacerse una idea de la cantidad de decisiones judiciales proferidas en Colombia se ofrecen los siguientes datos. La gráfica muestra las sentencias proferidas por la Corte Constitucional durante los últimos veinte años. Se discriminan según sentencias de constitucionalidad (C), sentencias de tutela (T) y sentencias de unificación (SU). A estas cifras deben sumarse las decisiones proferidas por el Consejo de Estado (en promedio 13500 decisiones al año) y las de la Corte Suprema de Justicia (en promedio 23 000 decisiones al año).



Fuente: Corte Constitucional, estadísticas

<<https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>>

Las cifras son numerosas e indican el alto grado de litigiosidad en Colombia, circunstancia que lleva a interrogarse: ¿podrá pensarse en un acceso real y uso efectivo de la información judicial? ¿Es posible identificar la información útil y con valor en medio de la hiperproducción decisional?

Saber si realmente está garantizado el acceso a la información para ejercer el derecho a la defensa (al menos en cuanto al acceso a decisiones judiciales) pasa por corroborar dos criterios: las plataformas o medios a través de los cuales se accede al documento, y la forma en la que se presenta la información.

### 3. PLATAFORMAS O MEDIOS DE ACCESO

En Colombia, las cortes de cierre cuentan con relatorías que archivan y clasifican su jurisprudencia. Las sedes físicas se encuentran en Bogotá y están abiertas al público. Las relatorías también están disponibles a través de plataformas digitales. Cada corte administra la gestión documental según sus propios criterios: enumeración de los radicados, orden de la información, sistemas de fechas, etcétera. La arquitectura de estas plataformas tampoco es uniforme. La Constitucional, por ejemplo, tiene un metabuscador potente e intuitivo, basta con introducir un término para que la búsqueda arroje decisiones asociadas, incluso, hay consultas que muestran la «línea jurisprudencial» por problema jurídico.<sup>2</sup>

La experiencia de búsqueda y consulta no es tan satisfactoria en la Corte Suprema de Justicia o en el Consejo de Estado. Las plataformas de las relatorías no son intuitivas, son obsoletas y presentan problemas de compatibilidad con los navegadores. En estos casos, el interesado debe conocer *a priori* información más precisa y especializada para encontrar las decisiones que desea consultar.<sup>3</sup>

Existe otro inconveniente más grave que entorpece el acceso y consulta de las decisiones judiciales, se trata de la piratería informática. Empresas dedicadas a la venta de información judicial pública dificultan el acceso a las decisiones judiciales. Su estrategia consiste en truncar los

---

<sup>2</sup> Ver <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>>.

<sup>3</sup> Sitio de la relatoría de la Corte Suprema de Justicia:  
<<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>>;  
sitio de la relatoría del Consejo de Estado:  
<<http://www.consejodeestado.gov.co/busquedas/buscador-jurisprudencia/>>.

enlaces que llevan a las sentencias, obligando así a la compra de sus servicios.

Pese a estos obstáculos, los sistemas de relatorías que ofrecen las cortes colombianas son útiles y pueden considerarse un espacio de acceso abierto a información que se usa en contextos de defensa jurídica, investigación o control judicial. Se destaca también la implementación de boletines periódicos, elaborados por las relatorías de las cortes, que presentan extractos de decisiones relevantes en las que los interesados encontrarán, en documentos resumidos, un panorama general de los procesos coyunturales.

En conclusión, el acceso real a la información judicial dependerá de la conexión a internet con la que se cuente, lo que significa que para garantizar un acceso pleno, descentralizado y democrático a la información judicial, los ciudadanos en cualquier parte del territorio, deberán contar con conexión suficiente a la red que les permita generar búsquedas y consultar los documentos de su interés.

Ahora bien, ¿quiénes tienen acceso a internet de calidad en Colombia? Según informe del 12 de octubre de 2020, el MinTic (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones) reconoció que Colombia es un país con brechas evidentes de conectividad.<sup>4</sup> Los departamentos de la periferia del país no cuentan con conexión a internet y en caso de tenerla es de pésima calidad. Los departamentos más afectados son: Amazonas, Vaupés, Vichada, Guaviare, Guainía, Putumayo, San Andrés, La Guajira y Cauca.

En estos departamentos el ancho de banda dificulta descargar documentos extensos o consultar plataformas con demasiada información.

---

<sup>4</sup> Cfr. EL TIEMPO. «¿Cómo está el país en conexiones de internet?». En *MinTic*, 12 de octubre de 2020. Recuperado de <<https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/151654:Como-esta-el-pais-en-conexiones-de-internet#:~:text=Al%20t%C3%A9rmino%20del%20primer%20trimestre,cifra%20de%2016%2C31%20millones>>

La conexión es intermitente en las capitales e inexistente en las zonas rurales.

Se considerará, entonces, que existe un acceso universal a la información judicial cuando, además de estar disponible en las plataformas y sea de fácil consulta, cualquier ciudadano, en cualquier parte del territorio, tenga acceso y pueda hacer uso de esta información. De lo contrario, negar el acceso a la información en esta época intensifica el estado de fragilidad y vulnerabilidad de la población, máxime cuando, hoy por hoy, la red es el punto de encuentro e intercambio universal.

#### **4. ORGANIZACIÓN Y PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

En la época de la información no basta con acceder a los documentos. La hiperproducción ha enseñado el valor de hallar en el momento indicado aquel dato, texto, línea, cifra o pasaje útil. El exceso de información genera ruido, desorienta o dificulta la toma de decisiones e impide llevar a buen término cualquier proyecto ¡el exceso de información paraliza!

Cuando se consulta un documento estatal, como las decisiones judiciales, se hace con intenciones muy concretas que requieren conocer con claridad apartados puntuales o comprender el texto en su integridad. En cualquier caso, la necesidad de acceder a información con valor deja en evidencia la relación directa, muchas veces subestimada, entre la forma y el contenido de los textos.

Por ahora, es suficiente entender por «forma de los textos» la adscripción a una tradición. Todo texto pertenece a una tipología o género que exige ser construido de acuerdo con una estructura acentuada históricamente. Las decisiones judiciales son en sí mismas una tipología textual (autónoma), conforman una familia de documentos complejos que recogen información de distinta naturaleza (fáctica,

jurídica y técnica) con la finalidad de solucionar una controversia en términos legales.<sup>5</sup>

La tipología textual de las decisiones judiciales es bastante conservadora, sus variaciones históricas han sido mínimas.<sup>6</sup> Aun reconociendo la permanencia histórica, la experiencia como lectores deja en evidencia la interferencia con tipologías que, como la histórica, generan una amalgama fallida. Estamos habituados a encontrar, en medio de las decisiones judiciales, extensos apartados sobre la formación del Consejo de Estado francés, las revoluciones burguesas, la Convención Constitucional de Filadelfia, entre muchos otros episodios históricos. Aunque, eventualmente, estos acápites sean interesantes, ¿es necesario acudir a la historia para justificar una decisión actual? ¿Cuál es el valor argumentativo real de estos acápites en las decisiones judiciales o arbitrales?

El sistema decisorio es restringido: sistemas normativos e interpretaciones limitadas. Introducir elementos extrajurídicos dan la sensación de que los jueces, magistrados o árbitros sucumben ante la tentación de pose intelectual para demostrar su arsenal académico, también son un indicador sobre el desconocimiento de la tradición textual a la que se adscriben.

Para lograr un acceso real a las decisiones judiciales se presentan, de forma indicativa, algunas recomendaciones formales que posiblemente optimicen el uso de estos recursos.

---

<sup>5</sup> Cfr. COSERIU, Eugenio. *Lingüística del texto. Introducción a la hermenéutica del sentido*. Madrid: Arco/Libros, 2007.

<sup>6</sup> Consultar las investigaciones sobre las sentencias y glosas medievales corrobora esta afirmación Cfr. KABATEK, Johanes. *Lengua medieval y tradiciones discursivas en la península ibérica*. Madrid: Lingüística Iberoamericana, 2001.

## 5. DECÁLOGO PARA ORGANIZAR LA INFORMACIÓN EN DECISIONES JUDICIALES Y ARBITRALES

- i. **Elaborar una tabla de contenido:** parece obvio, pero separar cada uno de los acápite ayuda a organizar el texto, evita reiteraciones innecesarias y facilita la búsqueda de información.
- ii. **No confundir el expediente con la decisión:** no haga de la decisión una copia del expediente. Evitar en cuanto sea posible la transcripción literal, extensa y reiterada del expediente (demanda, pruebas, comunicados, testimonios, etcétera) facilitará su legibilidad y comprensión.
- iii. **Sintetizar:** en la sentencia el juez o tribunal demuestran su comprensión de la situación jurídica. Comprender es, en este contexto, expresar de forma breve, simple y clara ideas complejas. Todo lo opuesto a transcribir.
- iv. **Plantear la controversia y el problema jurídico:** se debe señalar y delimitar el centro jurídico de la discusión y la decisión. Este apartado restringe cualquier interpretación que apunte a tergiversar el sentido de la sentencia.
- v. **Dejar clara la relación entre pretensiones, problema jurídico y decisión:** la relación fáctica, jurídica y decisional debe ser trazable. La coherencia de estos elementos es un indicador de seguridad jurídica.
- vi. **Señalar las prácticas procesales:** al hacerlo se pone en práctica una de las habilidades más valiosas al interior de la comunidad jurídica: la aplicación de normas abstractas a casos concretos.
- vii. **Contar con un sistema de citación uniforme:** sin importar la norma de citación o los parámetros definidos por cada institución,

lo importante es la uniformidad. Las citas son útiles para rastrear las fuentes de la decisión.

- viii. **Contextualizar las citas y justificar su uso:** una cita en el momento justo aclara las ideas, pero cuando su objeto es aparentar erudición, engrosar el documento o reverenciar autoridades genera un efecto tóxico en el texto.
- ix. **No introducir elementos extrajurídicos:** las fuentes del derecho suelen ser limitadas y suficientes por sí mismas para tomar y justificar una decisión. De lo contrario, se desconoce la naturaleza sistemática del derecho.
- x. **Respete el léxico jurídico, pero sea claro:** evite las expresiones barrocas, arcaicas o rebuscadas. Prefiera las expresiones claras y sencillas —de uso corriente— por sobre los neologismos, latinajos o conceptos ambiguos.

## 6. ¿CÓMO CIRCULA LA INFORMACIÓN EN ARBITRAJE?

La que se consideró una de las mayores virtudes del arbitraje resultó una de sus más contraproducentes desventajas. Como efecto bumerán, extender innecesariamente la confidencialidad más allá de la ley y de la voluntad de las partes enmarcó en límites bastantes reducidos la comunidad arbitral y los espacios para su ejercicio y difusión.

Restringir el acceso a información pública arbitral (como los laudos) genera brechas que impactan ámbitos jurídicos, académicos y comerciales. Sus efectos pueden ser colaterales o directos, incluso visibilizarse en el mediano o largo plazo. A continuación, se presentan algunas reflexiones en relación con estos indicadores.

- **Jurídico:** se insiste, el acceso a decisiones judiciales y arbitrales es una garantía para hacer efectivo y real el derecho de defensa,

la seguridad jurídica y, en especial, ayuda a desvanecer el manto de duda sobre las prácticas arbitrales. Lo desconocido produce temor o desconfianza, impresiones que desfavorecen la difusión y crecimiento del arbitraje.

- **Académico:** el trabajo crítico que se espera de la academia es el de testear, corroborar y contrastar teóricamente la aplicación de los discursos que se enseñan en las aulas. Este trabajo de crítica enriquece, mucho más si se construye sobre elementos ciertos. Los laudos arbitrales son elementos ciertos que liberan a la teoría de la especulación.
  
- **Comercial:** en un estudio reciente sobre el impacto del arbitraje en las redes sociales (presentado en Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil y Arbitraje IDEPRIV, noviembre de 2020) se encontró que el interés de los usuarios sobre temas relacionados al arbitraje es significativamente bajo. Sin embargo, de aparecer alguna mención se da en el contexto de una decisión arbitral, es decir, uno de los focos que genera interés en el arbitraje son los laudos.

En consecuencia, la divulgación y estudio de los laudos impacta en la difusión del arbitraje. Desde una perspectiva de *marketing*, el uso responsable de esta información permitiría ampliar los mercados a través de la generación de información con valor y proyectos comprometidos con el acceso y transparencia de la información.

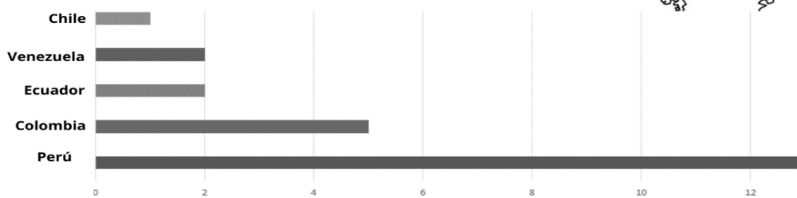
## 7. PLATAFORMAS DIGITALES ABIERTAS PARA LA CONSULTA DE LAUDOS ARBITRALES

Para conocer el estado actual de la circulación y difusión de las decisiones arbitrales se realizó una búsqueda con la intención de saber qué países de América Latina cuentan con bibliotecas digitales y abiertas que

pongan a disposición de los usuarios los laudos. Los resultados de esta búsqueda preliminar permiten concluir que Perú, Colombia y Ecuador son los países que cuentan con más o mejores bibliotecas de acceso abierto a la información arbitral.

## Plataformas digitales abiertas para la consulta de laudos arbitrales

La gráfica indica la relación entre plataformas digitales abiertas para la consulta de laudos arbitrales nacionales y algunos países de suramérica. Más adelante se referencian los enlaces para acceder a la consulta.



Si conoce plataformas digitales que no fueron incluidos en esta gráfica, comúniqúese con la autora para actualizar la información.  
Elaborado por Angela Villate

## 8. ENLACES DE BIBLIOTECAS DIGITALES POR PAÍSES

### Perú

Ministerio de Desarrollo Agrario

<<http://minagri.gob.pe/portal/laudos-arbitrales>>

Ositrán: Organismo de Supervisión de la Inversión en Infraestructura

<<https://www.ositran.gob.pe/marco-normativo/laudos-arbitrales/laudos-arbitrales-mtc/>>

Municipalidad de San Isidro

<<http://msi.gob.pe/portal/transparencia/laudos-arbitrales/>>

Ministerio de Cultura

<<http://transparencia.cultura.gob.pe/contrataciones-de-bienes-y-servicios/laudos-arbitrales>>

Ministerio de Educación

<<http://www.minedu.gob.pe/transparencia/laudos-arbitrales/>>

Plataforma Digital Única del Gobierno del Perú

<<https://www.regionlibertad.gob.pe/transparencia/transparencia-grll/transparencia-institucional/informacion-de-contrataciones/laudos-arbitrales>>

Ministerio del Trabajo

<<http://www2.trabajo.gob.pe/laudos-arbitrales/>>

Ministerio de la Producción

<<https://www.produce.gob.pe/index.php/informacion-de-contrataciones/laudos-arbitrales>>

Ministerio de Ambiente

<<https://www.minam.gob.pe/transparencia-/informacion-sobre-contrataciones/procesos-de-arbitraje-y-conciliacion/2017-2/laudos-arbitrales/>>

Ministerio de Comercio Exterior

<[http://transparencia.mincetur.gob.pe/inf\\_gestion/inf\\_gestion.html?c=IG\\_laudos\\_arbitrales](http://transparencia.mincetur.gob.pe/inf_gestion/inf_gestion.html?c=IG_laudos_arbitrales)>

Superintendencia Nacional de Educación Superior

<<https://www.sunedu.gob.pe/laudos-arbitrales/>>

Municipalidad de Piura

<<http://www.munipiura.gob.pe/78-portada/203-laudos-arbitrales>>

Instituto Nacional del Niño - San Borja

<<http://www.insnsb.gob.pe/laudos-arbitrales/>>

Perú fue el país en el que se encontraron más espacios digitales disponibles al público para la consulta de laudos arbitrales. La totalidad de las plataformas pertenecen a entidades estatales, lo que da la impresión que la publicidad de esta información es una disposición gubernamental. Cada entidad referencia los procesos arbitrales en los que ha sido parte y en la mayoría de las ocasiones se accede al laudo arbitral.

### **Colombia**

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá

<<https://bibliotecadigital.ccb.org.co/handle/11520/24359>>

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín

<<https://www.camamedellin.com.co/arbitraje-y-conciliacion/arbitraje/laudos-arbitrales#undefined>>

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla

<<https://www.camarabaq.org.co/centro-de-conciliacion-y-arbitraje/laudos-arbitrales/>>

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santa Marta  
<<https://www.ccsm.org.co/arbitraje-y-conciliacion/servicios-del-centro-de-arbitraje-conciliacion-y-amigable-composicion/servicio-de-arbitraje/laudos-arbitrales.html>>

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena  
<<https://www.cccartagena.org.co/laudos-arbitrales/>>

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali  
<<https://www.ccc.org.co/minisite-concilarb/arbitraje-laudos-arbitrales/>>

Contrario a lo que sucede en Perú, en Colombia, la totalidad de las plataformas de acceso a la información las ofrecen entidades privadas, las cámaras de comercio. Cada centro pone a disposición los laudos que administra y que son públicos. La periodicidad de actualización depende de las políticas de cada centro, así como la organización y motores de búsqueda.

### **Ecuador**

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje y el Colegio de Jurisprudencia  
<<https://arbitraje.usfq.edu.ec/arbitraje/faces/index.xhtml>>

Procuraduría General del Estado de Ecuador  
<<http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/700-caso-oxy-solicitud-de-anulacion-del-laudo-arbitral-fue-registrada-por-la-secretaria-general-del-ciadi>>

Ecuador cuenta con una potente plataforma de consulta que, en comparación con las de los otros países, marca la diferencia. El trabajo realizado por el IEA y el Colegio de Jurisprudencia de la USFQ centraliza la información arbitral, es decir, recoge laudos y sentencias de distintos centros y entidades, lo que facilita la búsqueda de la información

para los usuarios. En esta alianza participan entidades de los sectores público y privado.

### **Venezuela**

Centro de Arbitraje Cámara de Comercio - Caracas

<<https://arbitrajeccc.org/normativa/jurisprudencia/>>

Academia de Ciencias Políticas y Sociales

<<http://www.ulpiano.org.ve/revistas/php/buscar.php?&base=artic&cipar=artic.par&epilogo=&Formato=a&Opcion=detalle&Expresion=!ILaudo+arbitral>>

En Venezuela no encontramos bibliotecas digitales que publiquen los laudos arbitrales, los enlaces llevan a sitios en los que se encontrará jurisprudencia de las cortes de cierre sobre arbitraje o listas de laudos nacionales proferidos por los distintos centros de arbitraje.

### **Chile**

CAM Santiago

<[https://www.camsantiago.cl/minisites/articulos\\_online/internacional.html](https://www.camsantiago.cl/minisites/articulos_online/internacional.html)>

El proyecto del Centro de Arbitraje y mediación de la Cámara de Comercio de Chile busca centralizar la información legislativa, jurisprudencial y de laudos arbitrales en un único sitio de consulta. Para el momento en que se hizo la investigación el enlace presentaba fallas, pero se espera que los problemas técnicos se resuelvan en el futuro inmediato.

## **9. REFLEXIONES FINALES: LOS COMPROMISOS DEL ARBITRAJE CON LA DIFUSIÓN Y TRANSPARENCIA DE LA INFORMACIÓN**

Los centros de arbitraje (públicos y privados) coadyuvan en la administración de justicia, en consecuencia, es comprensible que a estos se tras-

laden las exigencias de publicidad y transparencia de la información pública que controlan. Estas exigencias responden a las transformaciones sociales acentuadas al menos desde hace dos décadas y que remarcan en el hecho de que acceder a información pública es una de las condiciones necesarias para legitimar las democracias actuales.

Encontrar bibliotecas digitales que ofrezcan la consulta de laudos arbitrales al público es, sin dudar, un gran avance que beneficia la difusión y transparencia de la información arbitral. Estos espacios deben existir en todos los países e instituciones y no limitarse a las políticas o decisiones administrativas de cada centro. La comunidad arbitral (centros, operadores, investigadores, etcétera) tienen la labor de trabajar en la digitalización y difusión de la información arbitral pública.

Para que la difusión de la información tenga un impacto real debe acompañarse de estrategias que estimulen las consultas y agreguen valor a la información como, por ejemplo, la creación de tanques de pensamiento, grupos de investigación o medios de comunicación. Esfuerzos dirigidos a estas acciones crean una comunidad abierta y se convierten en fuentes confiables de las interpretaciones y prácticas válidas en el arbitraje.

Aunque sólo se ha indicado el valor del acceso a información pública y con valor en un contexto jurídico, sus usos se extienden a otros escenarios: el periodismo, la investigación, la ciencia, la cultura, la igualdad de competencia en los mercados, etcétera. Es común encontrar páginas enteras de datos abiertos en los que se consulta información relevante de los Estados, información que genera confianza en los medianos y grandes inversionistas, quienes desarrollan estudios previos del entorno para sus futuros negocios.

Las abadías custodiaban textos de los incultos, indignos o de quienes eran considerados una amenaza para el *statu quo*. Las bibliotecas públicas terminaron por destruir, en parte, estos mitos. La época de la información y de la era digital extendió aún más el acceso a la información. Cualquier intento por ocultar o restringir el acceso a información de interés público debe considerarse un retroceso de la cultura.

## 10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSERIU, Eugenio. *Lingüística del texto. Introducción a la hermenéutica del sentido*. Madrid: Arco/Libros, 2007.

ECO, Umberto. *Apocalípticos e integrados*. Barcelona: Tusquets, 2001.

KABATEK, Johanes. *Lengua medieval y tradiciones discursivas en la península ibérica*. Madrid: Lingüística Iberoamericana, 2001.

EL TIEMPO. «¿Cómo está el país en conexiones de internet?». En *MinTic*, 12 de octubre de 2020. Recuperado de <https://mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/MinTIC-en-los-Medios/151654:Como-esta-el-pais-en-conexiones-de-internet#:~:text=Al%20t%C3%A9rmino%20del%20primer%20trimestre,cifra%20de%2016%2C31%20millones>.

## LA VIABILIDAD DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y EL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS: LA SITUACIÓN DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS DE AMÉRICA LATINA\*

*Andrea M. Vissani\*\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Resolución alternativa de conflictos: jurisdicción o arbitraje.— 3. El financiamiento por terceros: figura controvertida y necesaria.— 3.1. Los TPF en el mundo y su regulación.— 4. ¿Qué ocurre con los TPF en América Latina?— 5. Interpretación sobre lo abordado.— 6. Apreciación de cierre.— 7. Referencias bibliográficas.

En los diferentes países de América Latina, el arbitraje —en términos generales— tiende a exhibir características disímiles. En este trabajo abordaremos el arbitraje comercial internacional a partir del lente de las pequeñas y medianas empresas (pymes), las cuales constituyen la columna vertebral de las economías de los países que conforman Latinoamérica.

---

\* El desarrollo del presente artículo considera como fuente principal de contenido el artículo de propia autoría «Third-party financing and international commercial arbitration. Is It viable for small and medium-sized enterprises in Latin America?», actualmente en prensa y pronto a ser publicado en el número especial «Contracting Principles» del *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*.

\*\* Abogada, escritora y notaria. Máster en Derecho de los Negocios Internacionales y en Prácticas Jurídicas. Diplomada en arbitraje comercial internacional, de inversiones y del deporte. Se desempeña como árbitra internacional en el CIARD (Trujillo, Perú), como directora de la Sala de Derecho Internacional Privado y Arbitraje Comercial Internacional del Colegio de Abogados (Córdoba, Argentina) y como docente adscripta a la cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo electrónico: vissaniandrea2014@gmail.com.

No resulta extraño que la comprensión que tienen las pymes sobre el arbitraje comercial internacional y sobre los medios de resolución alternativos de conflictos, en general, sea diversa y rica en puntos de vista diametralmente opuestos. Esto se debe, principalmente y entre otras razones, a un obstáculo no menor que deben sortear las pymes en América Latina: la falta generalizada de fondos para participar en el arbitraje. En consecuencia, a pesar de todas las ventajas que otorga el arbitraje, los tribunales jurisdiccionales continúan desempeñando un papel dominante en la resolución de disputas comerciales. De esta suerte, cuando las pymes se enfrentan a la posibilidad de no poder financiar el caso en el arbitraje se apresuran a recurrir a los tribunales jurisdiccionales. No obstante, una posible solución y vía de salida a esta situación podría ser el financiamiento por terceros, en este trabajo discutiremos su viabilidad.

En concreto, este artículo hará lo siguiente:

En el contexto del arbitraje comercial internacional que involucre a pymes en América Latina, se compararán y contrastarán las cláusulas de resolución de disputas que hacen al arbitraje, poniendo de relieve las ventajas y dificultades a las que se enfrenta cada una de ellas.

Se estipulará si la financiación de terceros posee viabilidad para estar a la altura de las circunstancias y permitir una mayor accesibilidad de las pymes al arbitraje en América Latina.

## **1. INTRODUCCIÓN**

En América Latina, el desarrollo socioeconómico se encuentra inexorablemente unido a las pequeñas y medianas empresas, en adelante referenciadas como pymes. Éstas representan más del 99,5 % de las empresas en América Latina y el Caribe, generan el 60 % del empleo productivo formal, y son motores críticos para el crecimiento y la inclusión so-

cial a nivel regional.<sup>1</sup> En la región, cada país presenta sus matices y realidades sociológicas, culturales y políticas que hacen variar el contexto macroeconómico en el cual se desempeñan. En líneas generales, las empresas deben sortear variados obstáculos, entre ellos, la oscilación en las legislaciones respecto a políticas cambiarias, monetarias, impositivas, burocráticas y jurídicas, sumado a contextos turbulentos en el escenario político y gubernamental, azotados muchas veces por el flagelo de la corrupción, lo que conlleva a reconocer y vislumbrar un panorama complejo.<sup>2</sup>

A la hora de resolver los conflictos devenidos en el ejercicio de las actividades comerciales son variadas las preocupaciones que aquejan a las pymes. Los contratos internacionales, como haz de imputación de derechos y obligaciones, constituyen el factor principal donde pivotea todo el andamiaje de la vida empresarial. Aquí es donde aparece el dilema de determinar cómo pueden dirimir las controversias: si acudir a los tribunales o adoptar medios de resolución alternativos de conflicto.

En este sentido, la elección sobre cómo gestionar el conflicto podrá estar determinada por uno o más medios dispuestos de modo único o conjuntamente con otros. Asimismo, podrán insertarse en el clausulado contractual de modo escalonado si las partes así lo disponen. En suma, los contratantes podrán optar por arreglar sus controversias mediante negociación directa, mediación, conciliación o directamente arbitraje. De la misma forma, siempre existirá la posibilidad de acudir a la justicia estatal si los interesados deciden hacerlo mediante la autonomía de la voluntad.

---

<sup>1</sup> BANCO DE DESARROLLO DE AMÉRICA LATINA - CAF. *Índice de Políticas PYME: América Latina y el Caribe 2019*. 2019. Recuperado de <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2019/04/indice-de-politicas-pyme-america-latina-y-el-caribe-2019/>.

<sup>2</sup> PRING, Coralía y Jon VRUSHI. *Barómetro global de la corrupción América Latina y el Caribe 2019. Opiniones y experiencias de los ciudadanos en materia de corrupción*. Berlín: Transparency International, 2019.

En materia de contratos comerciales internacionales, los instrumentos de regulación tienden a ser de *soft law*, ya que la implicancia del orden público estatal no suele estar demasiado involucrado por las materias que regulan (tal es el caso de la CISG, por ejemplo, Convención de Viena sobre Compra Venta Internacional de Mercaderías de 1980).

En el fenómeno de la contratación internacional, la autonomía de la voluntad y la autorregulación de los derechos y obligaciones de las partes de un contrato constituyen la impronta central. La opción del arbitraje comercial, como una herramienta de los operadores del comercio internacional con sus ventajas, pero también con sus debilidades, comienza a jugar un rol importante a partir de considerar el volumen de negocios de las empresas, sus activos, reservas y la decisión de apostar a un medio de resolución de conflictos que aporte rapidez, eficiencia y confiabilidad.

Sin embargo, los altos costos son un escollo para las empresas que pretenden acceder a este modo alternativo de resolución de controversias. Es aquí donde aparece como opción el financiamiento por terceros (*Third Party Funding*, en inglés, en adelante TPF) un instrumento surgido debido a que, en determinadas ocasiones, el demandante o el demandado carecen de recursos suficientes para instar un litigio por los costos significativamente elevados que presentan estos tipos de reclamaciones. No obstante, cabe destacar que también puede recurrirse al TPF por estrategias de negocio (por ejemplo, para mantener liquidez, prescindir de la constitución de reservas por un posible resultado desfavorable) o por manejo de riesgo. Las partes que acuden a este financiamiento persiguen la obtención de fondos para el desarrollo y administración de los costos de la disputa, esto incluye desde honorarios legales, árbitros, peritos, erogaciones originadas de los testigos, hasta gastos administrativos de la institución arbitral, además de costas incurridas por el vencedor, entre otros.<sup>3</sup> Vale destacar que son múltiples las combinaciones que las partes pueden convenir para lograr el financiamiento del periplo arbitral,

---

<sup>3</sup> JÚDICE, José Miguel. «Some notes about third-party funding: a work in progress». En *Arbitraje*, n.º 1, vol. XI, 2018, pp. 55-71.

es decir, no necesariamente los fondos se utilizan para todo lo anteriormente enumerado. Sobre la temática en cuestión aporta claridad Von Goeler.<sup>4</sup> Cabe señalar que si bien el fenómeno de TPF se encuentra en pleno auge y evolución, en la práctica, aparecen obstáculos debido a la poca regulación y uniformidad de criterios en las distintas jurisdicciones.

En el presente trabajo se aborda la problemática de las pymes de América Latina a la hora de acceder a un arbitraje comercial internacional como método de resolución alternativa de conflictos y la necesidad de obtener un financiamiento externo. Así, exploraremos sus posibilidades, las principales dudas que se presentan en la práctica por parte de estas empresas a la hora de acudir o no a estas herramientas y si los fondos de inversión están dispuestos a canalizar sus recursos en estas compañías. Finalmente, haremos una breve referencia a los intentos de solución que se han venido esbozando respecto a esta problemática y cuáles son las perspectivas futuras en la materia. Para tal fin, recogeremos datos sobre la región en torno a cómo se ha comportado el TPF, observando si han sido alcanzadas las pymes o sólo las grandes compañías.

## **2. RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS: JURISDICCIÓN O ARBITRAJE**

En las relaciones jurídicas emanadas de las relaciones comerciales, como en todo vínculo que se establece entre dos o más personas, la noción de conflicto puede estar presente o latente. Así, en las relaciones jurídico-comerciales, la controversia puede aparecer durante todo el transcurso del contrato. Antes de la celebración del instrumento negocial (etapa precontractual), las partes consideran cuáles serán las herramientas jurídicas a las que acudirán en caso de conflictos. En aras de resolverlos, podrán hacer uso de los medios autocompositivos o heterocompositivos. Vale recordar que los medios autocompositivos de resolución de

---

<sup>4</sup> VON GOELER, Jonas. *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

conflictos refieren a cuando las partes intentan alcanzar un acuerdo por sí mismas, de manera directa o asistidas por un mediador, quien no emitirá una solución vinculante a la resolución del caso, sino que aconsejará de manera tal que las partes puedan lograr el acuerdo. Son medios de este tipo la negociación, la mediación y la conciliación. Por su parte, los medios heterocompositivos de resolución de conflictos ocurren cuando las partes acuden a un tercero neutral (árbitro o juez) con el propósito de someter sus controversias y asumir que su decisión será vinculante, es decir, ejemplifican este tipo de medios la jurisdicción y el arbitraje.

Sin dudas, será una multiplicidad de factores la que llevará a las empresas a elegir uno o varios métodos para solucionar las divergencias. Llegar a un acuerdo no será una tarea sencilla, pero la redacción de un clausulado claro, sin ambigüedades y que establezca pautas concretas respecto al tema será la clave para no lamentar posteriores efectos no deseados.

En miras de proyectar soluciones que ya han sido pensadas para ciertos tipos de conflictos, los contratantes podrán acudir a herramientas de *soft law* que regulan la materia. Instrumentos de esta naturaleza existen en todo el mundo, en diferentes idiomas y en todas las culturas. Algunos emanan de organismos internacionales e intergubernamentales, tales como los principios Unidroit,<sup>5</sup> en su artículo 10.7, donde menciona los “medios alternativos para la resolución de controversias” o la Ley Modelo Uncitral<sup>6</sup> sobre conciliación comercial internacional. Asimismo, pueden considerarse las directrices y principios que emanan de entidades privadas, donde se encuentran contemplados la negociación y la mediación. Ambos medios pueden resultar efectivos si las partes asumen

---

<sup>5</sup> UNIDROIT. *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales* 2010. 2010. Recuperado de <<https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>>.

<sup>6</sup> UNCITRAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la guía para su incorporación al derecho interno y utilización* 2002. 2002. Recuperado de <[https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf)>.

seriamente el compromiso de llegar a un acuerdo. Ahora bien, si lo hacen sólo como instancias previas a escalar a otro medio de solución de conflicto, o porque se han previsto como instancias obligatorias, lo único que harán estas etapas será dilapidar un tiempo muy preciado.

Es importante destacar que no para todas las compañías y todos los conflictos que se presenten existirá un mismo modo de alcanzar soluciones. Para algunos lo serán la negociación y la mediación; para otros, la justicia estatal; y para un tercer grupo, el arbitraje. La cultura arbitral avanza a paso firme y sostenido de la mano de los operadores jurídicos del comercio internacional, sin embargo, no todos los países de la región han avanzado al mismo ritmo. El arbitraje como medio heterocompositivo de resolución de controversias no ha sido adoptado unánimemente y de una sola vez. En la actualidad todos los países de América Latina cuentan con su ley de arbitraje comercial internacional, algunos han adoptado una sola regulación para ambos arbitrajes (doméstico e internacional) y otros la han desdoblado.<sup>7</sup> Los últimos países en lograr su normativa fueron Argentina y Uruguay, en julio de 2018, aprobando sus respectivas leyes inspiradas en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985 con sus enmiendas de 2006.<sup>8</sup> Cabe señalar que esta Ley Modelo es la piedra angular de todas las leyes de arbitraje de América Latina. Cada país la ha incorporado con ciertas modificaciones para adaptarla a su sistema normativo, pero sin perder su esencia.

Entonces, tal como hemos establecido con anterioridad, al momento de decidir cómo se resolverá una controversia, aparece la disyuntiva de acudir a los tribunales jurisdiccionales o a un arbitraje internacional. Para cualquier empresa en América Latina, resolver esta

---

<sup>7</sup> CONEJERO ROOS, Cristian. «Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica». En *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2016, n.º 4, p. 13.

<sup>8</sup> Para consultar cuáles son los países con Ley de Arbitraje, visítase la página web oficial de United Nations Commission on International Trade Law. Enlace <<https://uncitral.un.org/>>.

primera dificultad no es una cuestión sencilla, más aún cuando la balanza se inclina por la segunda de las opciones. Cabe destacar que el instituto del arbitraje no se propone reemplazar a los jueces o causar algún detrimento a su ejercicio. Tal como sostiene Caivano,<sup>9</sup> los jueces ejercen un monopolio en el ejercicio de la fuerza pública, puesto que el Estado los dota de tal facultad: deben cumplir sus decisiones, pueden imponer coactivamente una conducta y tienen atribuciones de controlar que el arbitraje respete los principios de legalidad desarrollado bajo garantías constitucionales.

No existe un único factor que contribuya a resolver la mencionada encrucijada, entre ellos se deben considerar los altos costes del arbitraje, el análisis previo de la relación jurisdicción-arbitraje de la sede, la cultura arbitral de los jueces. Pero, sin dudas, el factor que más gravita son los gastos originados en el procedimiento de un arbitraje. En el año 2015, la CCI publicó un informe con el objetivo de demostrar que los arbitrajes CCI no son costosos *per se*, sino que las mayores erogaciones se desprenden de los litigantes. Así, los resultados mostraron que de los gastos de un arbitraje, 2 % corresponden a administrativos de la CCI, 15 % a honorarios de árbitros y 83 % a los gastos originados por las partes correspondientes a honorarios de abogados, expertos legales, peritos y testigos.<sup>10</sup>

En efecto, mientras que, en lo que respecta a la jurisdicción, las tasas de justicia y honorarios de abogados representan los costos del proceso judicial, en el arbitraje comercial internacional deberemos asumir los honorarios legales; el *fee*<sup>11</sup> de la institución arbitral si es que se opta por un

---

<sup>9</sup> CAIVANO, Roque. *Negociación, conciliación y arbitraje: mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*. Lima: Asociación Peruana de Negociación Arbitraje y Conciliación, 1998.

<sup>10</sup> ICC COMMISSION ON ARBITRATION Y ADR. *Decisions on Costs in International Arbitration. Reporte para ICC Arbitration y ADR Commission*. París: 2015. Recuperado de <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>>.

<sup>11</sup> Según el artículo 36 del Reglamento de la CCI, las partes deben solventar en mitades iguales la suma que la corte estime que probablemente cubrirá los honorarios y gastos del arbitraje, así como el costo administrativo de la CCI.

arbitraje reglado; los gastos administrativos; las minutas del árbitro o tribunal arbitral, dependiendo de la elección o complejidad del asunto; y, por último, los costes de los peritos. Lo económico no es un tema menor a considerar, ya que hace concretamente a las aspiraciones de las partes impulsar un procedimiento arbitral, cuestión que se refleja en la conocida frase «la justicia está abierta a todos, como el hotel Ritz».<sup>12</sup> Sin embargo, no es un detalle menor considerar que el cúmulo de erogaciones realizadas en el proceso de la jurisdicción debe hacerse teniendo en cuenta que, luego de transitar todo el camino para alcanzar la solución, aparecen las etapas recursivas y de apelación existentes en la justicia ordinaria. No es una cuestión sin trascendencia el alargamiento *in eternum* de los plazos para obtener al fin una resolución firme que sea susceptible de ser ejecutoriada.

Entonces, otro factor que debe adicionarse para decidir entre la opción arbitraje o tribunal es el tiempo, justamente lo que las empresas no tienen, puesto que, tal como reza la bien conocida metáfora: «el tiempo es dinero». Los tribunales del Estado suelen extender los procesos por años y años, sumando a lo anterior las etapas de recursos y revisión de las decisiones de los jueces. Esto puede conducir casi inexorablemente a la elección del arbitraje comercial internacional como instrumento de resolución de controversias, atendiendo a sus fortalezas frente a las debilidades del procedimiento judicial ante tribunales estatales. La celeridad es el gran catalizador: hay que resolver los pleitos lo más rápido posible para continuar con las ejecuciones contractuales. El arbitraje asegura la no apelación de los laudos y, con ello, en su gran mayoría, la aceptación voluntaria de la decisión a la que arriben los árbitros. De otro costado quedan aquellos casos reservados a la jurisdicción, ya sea por su poca musculatura económica o, sencillamente, porque el arbitraje parece demasiado sofisticado o, quizás, por desconocimiento.

---

<sup>12</sup> DE SAN MARTÍN, Inés y Leandro Javier CAPUTO. «La provisión para gastos en el arbitraje internacional». En *La Ley*, 1 de abril de 2015, tomo 2015-B, p. 827.

Encontrar una postura ecléctica entre arbitraje o jurisdicción nunca ha sido tarea sencilla debido a que no todos los casos litigiosos pueden resolverse de igual modo, se presentan relaciones contractuales que por la naturaleza de los asuntos que se discuten son casi exclusivas del arbitraje, entre ellas: las industrias de la construcción, las relaciones derivadas de los contratos de petróleo y gas, entre otras. Se trata de casos de una gran complejidad que requieren expertos y árbitros especializados que estén a la altura de las circunstancias.

Otro aspecto a tener en cuenta al decidir cómo hacer frente a las potenciales o actuales controversias es la transparencia en las actuaciones de los involucrados en el *iter* litigioso y es aquí donde se encienden todas las luces con respecto a la corrupción. Este flagelo no afecta sólo a los estamentos jurisdiccionales, sino también al arbitraje.<sup>13</sup> De la Torre<sup>14</sup> afirma que la corrupción es el principal riesgo que afecta actualmente al arbitraje en Latinoamérica, principalmente se refiere al mercado arbitral peruano, cuya máxima expresión se ilustra con los escándalos de Orellana y Odebrecht. América Latina encarna largas causas que se han visto afectadas por este mal que aqueja todas las estructuras de los Estados y el Poder Judicial no es ajeno a ello.<sup>15</sup>

Jurisdicción y arbitraje no están destinados a transitar por carriles paralelos, debe existir una conexión flexible y amigable entre estos, nunca hostil de uno frente al otro, pero aún más de la jurisdicción frente al arbitraje,<sup>16</sup> puesto que los jueces detentan el poder público y los árbitros carecen de él. El auxilio del brazo de la justicia estadual deberá estar

---

<sup>13</sup> JIMÉNEZ BLANCO, Gonzalo. «Arbitraje y corrupción». En *Arbitraje*, 2016, n.º 1, vol. IX, pp. 191-211.

<sup>14</sup> DE LA TORRE, Ana Karen. «Arbitrajes a favor de Odebrecht llevan a prisión preventiva a 14 abogados peruanos». En *LexLatin*, 5 de noviembre de 2019. Recuperado de <<https://www.lexlatin.com/reportajes/prision-preventiva-14-abogados-peruanos-arbitrajes-odebrecht>>.

<sup>15</sup> CARVAJAL MARTÍNEZ, Jorge Enrique; HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos Arturo y José Eduardo RODRÍGUEZ MARTÍNEZ. «La corrupción y la corrupción judicial: aportes para el debate». En *Revista Prolegómenos*, julio-diciembre 2019, n.º 44, vol. 22, pp. 67-82.

<sup>16</sup> CAIVANO, Roque. «El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual». En *La Ley*, 25 de febrero de 1994, tomo 1994-A, p. 868.

allí siempre dispuesto a extenderse en favor de los árbitros para dictar medidas que sólo a ellos les corresponden, sin entrar a indagar en el fondo del asunto convirtiéndose en el juez del caso.<sup>17</sup> Sin embargo, las partes que celebran un contrato comercial internacional y decidan someterse a una cláusula arbitral para solucionar sus divergencias de intereses renuncian a los tribunales del Estado, optan por la autonomía de la voluntad en su máxima expresión, excluyen toda injerencia del poder estatal y se someten a la justicia entre privados.<sup>18</sup> En tal sentido, en la dinámica de elegirlo todo, las partes podrán optar por la sede que deseen, deben evaluar que no sea hostil al arbitraje, sino que detente una mirada de benevolencia y aceptación. Asimismo, esta elección debe recaer en donde exista una Ley de Arbitraje Comercial Internacional, un requisito *sine qua non* para el desenvolvimiento pacífico del procedimiento arbitral.

Por último, no debe perderse de vista el o los países en donde deberá ejecutarse el laudo. Esa conexión es tan importante como la elección de la sede. Una jurisdicción que da por tierra con los laudos anulándolos sin más es, sin dudas, una luz roja, una mala opción. El reconocimiento y posterior ejecución de un laudo arbitral implica para el juez un acto de cooperación judicial internacional de gran significancia y compromiso. A la hora de analizar lo atinente a la ejecución de laudos, es un gran avance la consideración de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, ya que cuenta con la adhesión de países de América Latina.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. Barcelona: Bosh, 2017.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional». En *Arbitraje*, 2016, n.º 1, vol. IX, pp. 13-44.

<sup>19</sup> ARGERICH, Guillermo. «La convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Una red de cooperación jurídica internacional». En *La Ley*, 30 de noviembre de 2018, tomo 2018-F, p. 756.

### 3. EL FINANCIAMIENTO POR TERCEROS: FIGURA CONTROVERTIDA Y NECESARIA

El aspecto económico constituye uno de los factores centrales y a considerar si se desea optar por la resolución de conflictos a través del arbitraje, tal como lo hemos señalado en el apartado anterior. En este punto, toma lugar la figura de los TPF de litigios ajenos, un tema complejo en todo el mundo. En los últimos años se ha hecho foco en los litigios llevados a arbitrajes y sufragados a través de grandes corporaciones financieras que desempeñan esta actividad con altos estándares de profesionalismo.<sup>20</sup>

El primer y mayor cuestionamiento que se les hace a los financiadores alrededor del mundo se centra en la ética del negocio. Entre las principales críticas sobresalen aquellas que sostienen que la intervención de los TPF no hace más que alentar demandas frívolas y contribuir a la industria del juicio.<sup>21</sup> A lo anterior se le adicionan los potenciales conflictos de intereses que pueden generarse por los árbitros intervinientes en arbitrajes costeados por los fondos de inversión. Así, Theoduloz<sup>22</sup> señala dos planos sobre los que se ha centrado la discusión ética en torno a los TPF: por un lado, la influencia que pueden tener en la imparcialidad e independencia de los árbitros en sus decisiones; y, por otro, cómo este elemento debería influenciar al determinar los *security for costs* por parte de un determinado tribunal arbitral.

Nos centraremos únicamente en el primer aspecto. Estos problemas no sólo pueden hacerse patentes en los árbitros con respecto a las partes, sino también con los demás intervinientes en el proceso

---

<sup>20</sup> Para más información, revítese: VON GOELER, Jonas. *Op. cit.*

<sup>21</sup> CAIVANO, Roque. «Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global». En *Revista Argentina de Arbitraje*, 2018, n.º 2. Recuperado de <<https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=181&idedicion=1623>>.

<sup>22</sup> THEODULOZ, Santiago. «“Third Party Funding”. Su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional». En *Revista de Derecho*, diciembre 2019, n.º 20, pp. 159-187.

arbitral. Pero no debemos olvidar que allí se hallan en pugna dos valores fundamentales en el arbitraje: la confidencialidad<sup>23</sup> y la transparencia de las actuaciones de los intervinientes. De aquí surge el gran dilema de revelación del TPF,<sup>24</sup> así como los términos y alcances del acuerdo por parte del cliente que se ve beneficiado por esta herramienta. Se trata de un problema cuali-cuantitativo: revelar quién es el financiador y considerar cuánta información debe darse a conocer para que se satisfaga el carácter de la revelación. La jurisprudencia no ha sido siempre unánime en considerar este tema. Por ejemplo, en el caso *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, el tribunal ordenó que se revelaran los términos y alcances del acuerdo de financiamiento (ICSID Case n.º ARB/12/6). Por el contrario, en el caso *Eurogas c. Eslovaquia* (ICSID Case n.º ARB/14/14) se denegaron los pormenores del financiamiento y sólo se procedió a indagar en la identidad del financiador.

Tal es la dimensión práctica alcanzada por este problema que en las *Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)*, que entraron en vigor el 1 de enero de 2021, uno de sus apartados reza que la financiación de terceros deberá ser revelada por las partes. Entre otras, recoge las siguientes novedades sustanciales que sinceran aspectos importantes de la práctica arbitral:

- La protocolización de las audiencias celebradas bajo la modalidad *on line*, previo acuerdo de las partes. La pandemia mundial de la COVID-19 aceleró los procesos tecnológicos e impuso el avance de esta herramienta, antes utilizada de manera excepcional.

---

<sup>23</sup> CAIVANO, Roque. «Una mirada comparativa sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial». En *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, septiembre-octubre 2010, n.º 244, pp. 609-629.

<sup>24</sup> HARWOOD, Miriam.; BATIFORT, Simon y Christina TRAHANAS. «Third-Party Funding: Security for costs and other key issues». En LEGUM, Barton (editor). *The Investment Treaty Arbitration Review*. Londres: Law Business Research, 2016, pp. 97-118.

- El incremento de la suma límite a 3 millones de dólares estadounidenses, si los litigantes deciden acudir al arbitraje abreviado.
- La concesión al tribunal arbitral de la facultad de excluir la incorporación de nuevos letrados al proceso arbitral. Este aspecto persigue el objetivo de evitar posibles conflictos de intereses que puedan causar un perjuicio al sano desenvolvimiento del proceso.
- La institución de revelar la existencia de los TPF en caso de que ésta asistiera a alguna o a ambas partes en el litigio. A partir de esta nueva regla se evitan los dilemas de la revelación o no de la existencia de los fondos de inversión; no obstante, cabe destacar que, en la práctica arbitral, los doctrinarios ya habían consagrado el «deber de revelar» en aras de la transparencia y de evitar conflictos de intereses.<sup>25</sup>

Este último ítem permite afirmar que el fenómeno del TPF va en franco crecimiento en todo el mundo. Así surge la necesidad de contemplar los rasgos más controvertidos de la institución, intentando dar respuesta a todos los actores involucrados. Por consiguiente, es sumamente auspicioso propender a la regulación de algunos aspectos de la actividad en sí misma y no sólo poner el acento en los financiadores.<sup>26</sup>

A lo largo de la historia siempre han existido terceros ajenos a una controversia que han acudido a prestar los recursos para asistir a alguna o a ambas partes. Con la aparición de los TPF y su profesionalización

---

<sup>25</sup> CIAR GLOBAL. *Ocho novedades de las nuevas Reglas de arbitraje CCI en vigor en 2021*. 16 de octubre del 2020. Recuperado de <<https://ciarglobal.com/las-ochonovedades-de-las-nuevas-reglas-de-arbitraje-cci-en-vigor-en-2021/>>.

<sup>26</sup> Para conocer los principales inconvenientes que aquejan al TPF, véase INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration. The ICCA reports n.º 4*. Londres: ICCA, 2018.

para ofrecer sus servicios nos encontramos ante un mundo de oportunidades para las personas físicas o jurídicas que quieran acceder al mismo. En contraste con la evolución que experimenta este instituto en el contexto global, el mercado del TPF que financian litigios ajenos en América Latina es relativamente reciente. En la actualidad, los financiadores más potentes se reparten entre Estados Unidos,<sup>27</sup> Reino Unido<sup>28</sup> y, en menor medida, Suiza y Canadá. Como corolario del crecimiento que está tomando el fenómeno del TPF en el mundo, no podemos dejar de citar que en el mes de septiembre del 2020 vio la luz la Asociación Internacional de Finanzas Legales (ILFA). Esta potente liga está conformada por una docena de firmas líderes en financiamiento de litigios cuyos objetivos están dados para robustecer el mercado del TPF. Si bien, en lo inmediato, ligas como la citada parecen no tener injerencia en América Latina, en un futuro podrían comenzar a conformarse.

Específicamente, a nivel regional latinoamericano, el mercado TPF se desarrolla de un modo paulatino y lento. Valgan como ejemplos y casos paradigmáticos Perú y Brasil; en el primero, opera TPF Lex Finance enfocado en Latinoamérica, Portugal y España; y en el segundo, Leste Litigation Finance. Asimismo, el mercado del financiamiento ha dado nacimiento a otros servicios como los brókeres TPF, que facilitan el contacto de los clientes con los potenciales financiadores, por ejemplo: Westfleet Advisors, The Judge y ClaimTrading. Para mayor información sobre el tema, puede verse el listado completo en TPF Observatory.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Se destacan: 1624 Capital, Amicus Capital Services, Bentham IMF, Burford capital, Delta Capital Partners, Lake Whillans, Lexshares, Longford Capital, Lumius Capital, Parabellum Capital, Pravati Capital y Rembrandt.

<sup>28</sup> Se destacan: Advantage Litigation Services, Augusta Ventures LLP, Balance Legal Capital, Calunius Capital, Juridica Investments, Ltd, QLP Legal, Soluciones reparación LLP, Therium Capital Management Limited, Universal Legal Protection Ltd, Vannin Capital PCC Ltd y Woodsford Litigation Funding.

<sup>29</sup> TPF OBSERVATORY. *List of Third-Party Funders*. Recuperado de <<http://third-party-funding.org/list-of-funders/>>.

### 3.1. *Los TPF en el mundo y su regulación*

Cuando se revisa la historia de los TPF, se avizora que es una actividad devenida en controvertida y de compleja aceptación en todo el mundo. A modo de ilustración, un breve recorrido por las normativas de algunos países:

- Código de Conducta de Financiadores Británicos, de Reino Unido, redactado por una dependencia del Ministerio de Justicia y la Asociación de Financiadores de Litigios en el año 2011. Se trata de un Código para financiadores de litigios y su conducta, válido para Inglaterra y Gales. La última actualización de estas reglas data del año 2018. Su principal objetivo es lograr la autorregulación del negocio incluyendo temas como la suficiencia de capital de la entidad aportante de los fondos, la independencia de los roles de abogados, clientes y financiadores, y los supuestos de retiros de casos.<sup>30</sup>
- Ordenanza 6/2017, de Hong Kong. El Consejo Legislativo la aprobó el 14 de junio de 2017. Esta regulación contempla la financiación de terceros en el arbitraje y la mediación, realiza una discriminación entre ambos medios. El 7 de diciembre de 2018 se dio a conocer el Código de conductas de Hong Kong que entró a regir en febrero de 2019. Este código postula recomendaciones que regulan estándares y prácticas en la financiación de arbitrajes de terceros.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS. *Code of conduct*. Recuperado de <<https://associationoflitigationfunders.com/tag/code-of-conduct/>>; ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS. *Litigation Finance*. Recuperado de <<https://associationoflitigationfunders.com/litigation-finance/>>.

<sup>31</sup> HONG KONG GOVERNMENT. *Code of Practice for Third Party Funding or Arbitration*. 7 de diciembre del 2018. Recuperado de <[https://gia.info.gov.hk/general/201812/07/P2018120700601\\_299064\\_1\\_1544169372716.pdf](https://gia.info.gov.hk/general/201812/07/P2018120700601_299064_1_1544169372716.pdf)>.

- Ley n.º 38/2016, de Singapur. Allí el TPF se encontraba prohibido hasta el 10 de enero de 2017, cuando se sancionó la mencionada ley, llamada Civil Law (Amendment) Bill - Third Party Funding for Arbitration and Related Proceedings, con vigencia a partir de marzo de 2017. El principal objetivo de este cuerpo legal es permitir la intervención de terceros financiadores en el arbitraje, para ello se modificaron los artículos 5A y 5B de la legislación civil en Singapur.<sup>32</sup>
- White Paper About Alternative Litigation Financing, de Estados Unidos. Creado por la American Bar Association, incluye varias normas que todo abogado estadounidense debe seguir al asumir la defensa procesal en un asunto financiado por terceros.<sup>33</sup>

La existencia de una normativa de *hard law* a nivel internacional sobre los TPF es escasa. No obstante, han surgido intentos de autorregulación o de fijación de normas de *soft law* en el ámbito internacional, así como propuestas de regulación estatal de este instrumento. Ante la falta de regulación del TPF, White & Case<sup>34</sup> llevó a cabo un estudio en el que analizó cuál era la manera más efectiva de regularlos y una mayoría de los encuestados consideró que lo mejor sería realizarlo a través de directrices como las IBA Guidelines.<sup>35</sup> En efecto, existe una fuerte regulación *soft law* asumida por los operadores del

---

<sup>32</sup> SINGAPORE STATUTES ONLINE. *Civil Law Act: Chapter 43. Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017*. 21 de febrero del 2017. Recuperado de <<https://sso.agc.gov.sg/SL/CLA1909-S68-2017>>.

<sup>33</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION. *White Paper on Alternative Litigation Finance (Draft)*. 2020. Recuperado de <[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics\\_2020/20111019\\_draft\\_alf\\_white\\_paper\\_posting.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/20111019_draft_alf_white_paper_posting.authcheckdam.pdf)>.

<sup>34</sup> WHITE & CASE. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. Londres: Queen Mary University and School of International Arbitration, 2015. Recuperado de <[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf)>.

<sup>35</sup> INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*. Londres: International Bar Association, 2014.

mercado, quienes recomiendan el uso de guías como las de la IBA (58 %) o códigos de conducta (29 %).<sup>36</sup>

Actualmente, en América Latina, en países de raigambre civilista, la regulación de esta herramienta es de escasa a nula, aunque no existe prohibición alguna de este instrumento de financiación. Se cuenta sólo con un tenue derecho blando que intenta regular algunos aspectos del TPF, los mínimos para llevar adelante un procedimiento arbitral que cuente con estos actores. Cabe destacar que existe en Brasil una referencia al fenómeno desarrollada por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil Canadá.<sup>37</sup> Este Centro emite pronunciamientos puntuales, recomendaciones, por ejemplo: con respecto a la revelación de un financiador en un procedimiento arbitral, sostiene que debe informarse cuanto antes para proteger el arbitraje. Así, anunciar la existencia de un tercero financiador se presenta como uno de los dilemas más importantes para la expansión de esta figura, no sólo en América Latina, sino en el mundo.<sup>38</sup> La esencia del arbitraje radica en la confidencialidad, es un elemento caracterizador. Revelar a un tercero ajeno a las partes los detalles de una controversia no es una prueba fácil de sortear. De allí que devengan los principales inconvenientes para solicitar los servicios de un fondo de inversiones.

#### 4. ¿QUÉ OCURRE CON LOS TPF EN AMÉRICA LATINA?

Para realizar una aproximación sobre el panorama presente en la región con respecto a la utilización de este instrumento debemos analizar

---

<sup>36</sup> WHITE & CASE. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>37</sup> CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ - CAM-CCBC. RA 18/2016. *Financiamento de Terceiros em Arbitragens CAM-CCBC*. 20 de julio del 2016. Recuperado de <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>>.

<sup>38</sup> Para ampliar información, véase MOSQUERA, Rebeca y Benjamin MALEK. «Third Party Funding conflicto de intereses y cuestiones de privilegio». En *Revista de la Comisión de Arbitraje Conmemorativa a los 100 años de Fundación de la ICC*, septiembre 2019 - anual, n.º 1, año 1, pp. 261-277.

ciertas características específicas de los países de América Latina. Consideramos firmemente que intentar transpolar modelos de otras latitudes, por más exitosos que sean, implica desconocer las culturas e idiosincrasias de los pueblos. Son varios los factores que condicionan la evolución de la financiación por terceros en el arbitraje comercial internacional. El principal aspecto a señalar es que la cultura arbitral en América Latina no se encuentra del todo arraigada, y si a ello le adicionamos que los países lo han acogido en forma heterogénea, estamos ante un fenómeno particular. Tal como hemos afirmado en apartados anteriores, la relación entre la jurisdicción estatal y el arbitraje debe presentar una convivencia amigable o, al menos, eso es lo que se espera. No obstante, no todas las sedes de América Latina son favorables para el arbitraje y sabemos que nadie elegirá litigar en una jurisdicción hostil, sobre todo porque puede significar la paralización del procedimiento y, en consecuencia, el no reconocimiento y ejecución del laudo. Entonces, la intrusión del Poder Judicial en el fondo del asunto puede ser letal para el arbitraje, principalmente al momento de revisar las cláusulas arbitrales y del reconocimiento y ejecución de los laudos. A modo de ejemplo podemos citar el caso *in re* Cartellone,<sup>39</sup> que fuera resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, en el que anuló parcialmente un laudo que había sido confirmado por la Sala Tercera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, de fecha 28 de agosto de 2001.

Con relación a las sedes de América Latina que resultan más favorables al arbitraje, resulta interesante revisar la encuesta realizada por la Universidad de Leicester de Reino Unido, en donde se ponen de relieve esta variable entre otras variables.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> CAIVANO, Roque. «Alcances de la revisión judicial en el arbitraje (comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina *in re* Cartellone)». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2005, n.º 5, tomo II, p. 159.

<sup>40</sup> COLE, Tony; ORTOLANI, Pietro; KARACAN, Pinar y Stephanie TRINDADE CARDOSO. «Arbitration in the Americas: Report on a Survey of Arbitration Practitioners (2018)». En *TDM*, 2018, n.º 5.

Si es joven la cultura arbitral en América Latina, lo es aún más el papel de los TPF y su significativo rol en los fondos de inversión de los arbitrajes. Estos financiadores buscan invertir en arbitrajes comerciales internacionales de elevada rentabilidad.<sup>41</sup> Para que un financiador vuelque sus recursos en un caso, éste debe ofrecer una altísima probabilidad de éxito. En virtud de la actualidad de los TPF en la región, recurrimos a un informante clave para obtener datos de una fuente directa. Por ello entrevistamos al Sr. Diego Sacco Hatchwell, gerente de Lex Finance para América Latina, España y Portugal.<sup>42</sup>

El gerente de Lex Finance afirma, sin dudar, que el país de América Latina con mayor potencial actual y futuro para el financiamiento de los arbitrajes es Brasil. Su consideración no es extraña, ya que se erige como una de las diez economías más importantes del mundo por volumen del PBI. En línea con este argumento, Brasil ve con muy buenos ojos la resolución alternativa de los conflictos, sobre todo en lo que respecta a descomprimir los tribunales jurisdiccionales del Estado.

Sacco Hatchwell sostiene que las empresas o compañías que persigan un financiamiento de litigios deberán ofrecer ante todo un negocio rentable, de un alto monto de dinero, así puede proveer una financiación total o parcial de los gastos del caso y, en compensación, acordar recibir un 30 a 35 % del monto del laudo final o un múltiplo de lo que se obtenga con base en la pretensión monetaria del demandante. En esta línea, los TPF no son un negocio estático, sino que se encuentran en continua evolución. Antes, por ejemplo, Lex Finance buscaba litigios cuya reclamación no tuviese una suma inferior a los 100 millones de dólares. En efecto, la idea es conseguir arbitrajes grandes y con un amplio margen para obtener rentabilidad. Se evalúa, entonces, cuánto se reclama desde el punto de inversión dineraria versus el

---

<sup>41</sup> DOS SANTOS, Caroline. «Third-party funding in international commercial arbitration: a wolf in sheep's clothing?». En *ASA Bulletin*, 2017, n.º 4, vol. 35, pp. 918-936.

<sup>42</sup> Entrevista realizada vía plataforma Zoom el día 9 de octubre del 2020.

presupuesto del caso, para así determinar de cuánto es la inversión necesaria.

Frente a la pregunta qué financian los fondos en América Latina y a quiénes, el gerente de Lex Finance indica que lograr obtener la financiación de un fondo de inversiones para un arbitraje no es un camino sencillo. Actualmente, de setenta casos sólo se financia uno. Para contrastar este dato, Alonso Cánovas<sup>43</sup> sostiene que para que un fondo asuma una o más demandas, el porcentaje de éxito tiene que rondar entre el 65 al 75 %. Esto significa que los pretensos litigantes que sometan sus casos a consideración deberán atravesar un minucioso *due diligence*,<sup>44</sup> en el que abogados y especialistas en las materias de que se trate, internos y externos del fondo, estudiarán el caso, esto es, lo analizarán en profundidad para dictaminar si lo toman o no.

El TPFunder regional Lex Finance actualmente maneja inversiones en Brasil, México, Colombia y Ecuador. Mereminskaya<sup>45</sup> recupera las palabras de su gerente general del año 2016, el señor Narghis Torres, quien afirma que la demanda por sus servicios ha crecido notoriamente, durante el año 2015 se recibieron 15 solicitudes de financiamiento y en 2016, 42. Por su parte, Sacco Harchwell afirma que en las controversias las partes que deciden acudir al arbitraje comercial internacional están recurriendo con mayor frecuencia a los TPF. Se prevé que con posterioridad a la COVID-19 la industria crecerá exponencialmente, puesto que el fenómeno de la pandemia estará atado al incremento de la conflictividad entre las empresas por las circunstancias extraordinarias que les ha tocado atravesar. Asimismo, las compañías no querrán o no

---

<sup>43</sup> ALONSO CÁNOVAS, Carmen. «Third Party Funding: La Financiación Institucional de Litigios y Arbitrajes». En *Spain Arbitration Review*, 2016, n.º 26, pp. 9-22.

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. «La financiación por terceros en el arbitraje internacional». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, n.º 2, vol. 8, pp. 204-220.

<sup>45</sup> MEREMINSKAYA, Elina. «Financiamiento de litigios a través de terceros y su aterrizaje en Chile». En *Boletín Informativo del Centro de Arbitraje y Mediación CAM Santiago*. 2017, n.º 3, Recuperado de <[http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2017/01/docs/Articulo\\_Elina.pdf](http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2017/01/docs/Articulo_Elina.pdf)>.

podrán apostar su liquidez a financiar litigios en razón de ver resentidas sus finanzas.

## 5. INTERPRETACIÓN SOBRE LO ABORDADO

Las economías de las pymes no habilitan el acceso al financiamiento tanto a las entidades financieras públicas como privadas. Esto redundará en que las empresas o personas físicas no puedan abrirse paso en nuevos mercados más competitivos para ampliar su producción y así trascender sus fronteras.<sup>46</sup>

De lo antedicho podemos colegir que resolver las controversias contractuales que surjan o puedan surgir entre las partes de estas empresas no será un tema fácil de abordar. Diseñar un modo de resolución de los conflictos es una tarea que exige considerar muchas variables a la hora de optar. De un costado se encuentran los tribunales de justicia y una visión pesimista sobre el acceso de las pymes en el contexto de América Latina. La corrupción, la lentitud y la burocracia del aparato estatal provocan en los empresarios un elemento disuasivo al momento de acudir a aquellos.<sup>47</sup> Consecuencia de lo anterior se desprende que llevar un procedimiento judicial en esas condiciones se torna costoso y sumamente complicado, valga como ejemplo el informe sobre Perú de Herrero y Henderson.<sup>48</sup> Del otro costado, se hacen presente los medios de resolución alternativa de conflictos, entre ellos el arbitraje comercial internacional. De su mano aparecen los actores del TPF. Si bien esta industria va en franco crecimiento en el mundo y, en

---

<sup>46</sup> ZEVALLOS, Emilio, «Obstáculos al desarrollo de las pequeñas y medianas empresas en América Latina». En *Cuadernos de Difusión*, junio de 2006, n.º 20, vol. 11, pp. 75-96.

<sup>47</sup> CARVAJAL MARTÍNEZ, Jorge Enrique; HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos Arturo y José Eduardo RODRÍGUEZ MARTÍNEZ. *Op. cit.*, pp. 67-82; JIMÉNEZ BLANCO, Gonzalo. *Op. cit.*, pp. 191-211; PRING, Coralia y Jon VRUSHI. *Op. cit.*

<sup>48</sup> HERRERO, Álvaro y Keith HENDERSON. *El costo de la resolución de conflictos en la pequeña empresa. El caso de Perú*. Washington, D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2003. Recuperado de <<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/El-costo-de-la-resoluci%C3%B3n-de-conflictos-en-la-peque%C3%B1a-empresa-El-caso-de-Per%C3%BA.pdf>>.

especial, en América Latina, el camino no es sencillo. Estos fondos persiguen conseguir altas rentabilidades en el negocio, solicitan de tres a cuatro veces el valor de la inversión. Se orientan a considerar grandes casos que puedan aportar una ganancia significativa, casos que no competen a las pymes.

En contraposición con lo anterior, sí existen compañías que acuden al arbitraje comercial internacional casi con exclusividad y evitan la jurisdicción, a tal punto que ni se plantean acudir a ella. La razón es que los asuntos que se discuten en estos litigios son de una complejidad mayúscula y necesitan expertos en todas las áreas. Con esto queremos significar que los equipos de abogados, los peritos y hasta los árbitros deben poseer las cualidades de expertos en los temas discutidos. Ejemplo de lo anterior lo constituyen las industrias tradicionales del petróleo, gas y las tan renombradas energías renovables, como la energía solar, eólica, biomasa, entre otras.<sup>49</sup> También las grandes obras de ingeniería e infraestructura, como la construcción de puentes, carreteras, dragados, por enlistar sólo algunas, acuden para solucionar sus diferendos a los métodos de resolución alternativa de conflictos, no sólo al arbitraje, sino a los *dispute boards* y los *dispute review boards*. Estos métodos de resolución de conflictos, característicos de la industria, se constituyen a través de paneles de expertos desde el comienzo de las obras de infraestructura. Con ellos se tiende a resolver los problemas que puedan ir surgiendo durante el transcurso de las actividades. Ostentan como característica que las recomendaciones que emitan para las partes no tienen el carácter de vinculantes, contrariamente a lo que sucede con los *dispute adjudication boards*, que sí lo revisten, aunque nunca con la trascendencia de un laudo.<sup>50</sup> Lo hacen casi siempre en modo escalonado, es decir, primero acudiendo a una negociación, conciliación

---

<sup>49</sup> CASAL, Daniel. «Panorama de los contratos de operación para la actividad hidrocarburífera». En *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, mayo-junio del 2014, n.º 1, pp. 1-33.

<sup>50</sup> FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo. *Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, Gaceta Jurídica, 2010, pp. 1-11.

y, luego, a un arbitraje de estricto derecho. Podrán acordarlo en la modalidad *ad hoc* o bajo las reglas de una institución arbitral.

El desarrollo de estas grandes industrias y sus respectivos contratos han propiciado y propician al día de hoy un gran volumen de negocios e inversiones, generan vínculos comerciales entre empresarios de distintas partes del mundo, como así también la participación de los Estados. Es por esta injerencia que las partes en un contrato internacional que incluya un actor estatal optarán por acudir al arbitraje. Por encima de otros valores en juego, irán tras la neutralidad. Rivera<sup>51</sup> afirma que la neutralidad cultural es indispensable, caso contrario, el árbitro podría conducir el procedimiento con orejeras. La neutralidad le proporcionará la tan mentada imparcialidad en la solución de las controversias por parte del panel arbitral.

Sin dudas, los potenciales «peces gordos» son quienes han de acudir a los TPF para que financien sus arbitrajes devenidos de esas industrias; y en contrapartida, los financiadores estarán muy complacidos de revisar sus casos. Son casos de millones de dólares que si se ganan, ofrecen altísimas tasas de retorno. Valga como ilustración la estadística presentada por Burgueño Salas,<sup>52</sup> quien sostiene que en el año 2019, los proyectos de infraestructura más costosos de América Latina fueron el proyecto de construcción del suministro de combustibles Sea One Caribbean y el proyecto de realización de una carretera hídrica de la corporación Reguemos Chile, los que se valoraron en 20 000 millones de dólares estadounidenses.

---

<sup>51</sup> RIVERA, Julio C. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, p. 359.

<sup>52</sup> BURGUEÑO SALAS, Erick. *América Latina: valor de los mayores proyectos de infraestructura 2019*. Junio 2019. Recuperado de <<https://es.statista.com/estadisticas/1122550/valor-proyectos-infraestructura-america-latina/>>.

## 6. APRECIACIÓN DE CIERRE

Podemos concluir que si bien el arbitraje comercial internacional como medio de resolución alternativa de conflictos se presenta como un instrumento útil y dotado de gran eficiencia, su acceso escapa a muchas empresas. A esto hay que sumarle que los TPF no están interesados en invertir en litigios o carteras de poca rentabilidad. Presentada así la ecuación con todas sus variables, las pymes que no ofrezcan activos litigiosos rentables quedarían excluidas sin más de la financiación externa. Es por ello que el panorama en América Latina para las pymes aparece plagado más de dudas que de certezas. En la práctica, los TPF, a pesar de que son una industria en expansión, no presentan interés alguno en invertir sus fondos en pequeños arbitrajes.

Esto, seguramente, abre la puerta a que otros nichos de negocios puedan generarse para dar respuesta a este segmento empresarial. Sería quizás la entrada a un nuevo universo de oportunidades comerciales, puesto que los fondos de inversión, tal como en la actualidad se desempeñan, no formarían parte de estos arbitrajes comerciales internacionales. De la mano de esta afirmación se desprende que en lo que a resolución de conflictos se refiere, las pymes deberán hacer foco en los métodos autocompositivos de resolución de conflictos. De este modo se fomentaría la utilización de la negociación y la mediación como instancias previas al arbitraje. Todo ello deberá llevarse a cabo con la firme convicción y compromiso de arribar a un efectivo acuerdo y no como una mera formalidad a cumplir.

En resumen, y tal como se esboza el panorama de las pymes en América Latina respecto al acceso a los medios alternativos de resolución de controversias, les queda aún un arduo y sinuoso camino por recorrer. Deberán ser las partes las que, en aras de resolver sus disputas presentes o futuras de un modo expeditivo y eficiente, consignen claramente en sus contratos comerciales las herramientas que se adaptarán mejor a sus industrias y necesidades.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO CÁNOVAS, Carmen. «Third Party Funding: La Financiación Institucional de Litigios y Arbitrajes». En *Spain Arbitration Review*, 2016, n.º 26.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *White Paper on Alternative Litigation Finance (Draft)*. 2020. Recuperado de <[https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics\\_2020/20111019\\_draft\\_alf\\_white\\_paper\\_posting.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/ethics_2020/20111019_draft_alf_white_paper_posting.authcheckdam.pdf)>.

ARGERICH, Guillermo. «La convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Una red de cooperación jurídica internacional». En *La Ley*, 30 de noviembre de 2018, tomo 2018-F.

ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS. *Code of conduct*. Recuperado de <<https://associationoflitigationfunders.com/tag/code-of-conduct/>>.

ASSOCIATION OF LITIGATION FUNDERS. *Litigation Finance*. Recuperado de <<https://associationoflitigationfunders.com/litigation-finance/>>.

BANCO DE DESARROLLO DE AMÉRICA LATINA - CAF. *Índice de Políticas PYME: América Latina y el Caribe 2019*. 2019. Recuperado de <<https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2019/04/indice-de-politicas-pyme-america-latina-y-el-caribe-2019/>>.

BURGUEÑO SALAS, Erick. *América Latina: valor de los mayores proyectos de infraestructura 2019*. Junio 2019. Recuperado de <<https://es.statista.com/estadisticas/1122550/valor-proyectos-infraestructura-america-latina/>>.

CAIVANO, Roque. «Alcances de la revisión judicial en el arbitraje (comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina *in re Cartellone*)». En *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2005, n.º 5, tomo II.

CAIVANO, Roque. «El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual». En *La Ley*, 25 de febrero de 1994, tomo 1994-A.

CAIVANO, Roque. «Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global». En *Revista Argentina de Arbitraje*, 2018, n.º 2. Recuperado de <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=181&idedicion=1623>.

CAIVANO, Roque. *Negociación, conciliación y arbitraje: mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*. Lima: Asociación Peruana de Negociación Arbitraje y Conciliación, 1998.

CAIVANO, Roque. «Una mirada comparativa sobre la confidencialidad en el arbitraje comercial». En *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, septiembre-octubre 2010, n.º 244.

CARVAJAL MARTÍNEZ, Jorge Enrique; HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos Arturo y José Eduardo RODRÍGUEZ MARTÍNEZ. «La corrupción y la corrupción judicial: aportes para el debate». En *Revista Prolegómenos*, julio-diciembre 2019, n.º 44, vol. 22.

CASAL, Daniel. «Panorama de los contratos de operación para la actividad hidrocarburífera». En *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, mayo-junio del 2014, n.º 1.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ - CAM-CCBC. RA 18/2016. *Financiamento de Terceiros em Arbitragens CAM-CCBC*. 20 de julio del 2016. Recuperado de

<<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-18-2016-financiamento-de-terceiros-em-arbitragens-cam-ccbc/>>.

CIAR GLOBAL. *Ocho novedades de las nuevas Reglas de arbitraje CCI en vigor en 2021*. 16 de octubre del 2020. Recuperado de <<https://ciarglobal.com/las-ocho-novedades-de-las-nuevas-reglas-de-arbitraje-cci-en-vigor-en-2021/>>.

COLE, Tony; ORTOLANI, Pietro; KARACAN, Pinar y Stephanie TRINIDADE CARDOSO. «Arbitration in the Americas: Report on a Survey of Arbitration Practitioners (2018)». En *TDM*, 2018, n.º 5.

CONEJERO ROOS, Cristian. «Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica». En *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2016, n.º 4.

DE LA TORRE, Ana Karen. «Arbitrajes a favor de Odebrecht llevan a prisión preventiva a 14 abogados peruanos». En *LexLatin*, 5 de noviembre de 2019. Recuperado de <<https://www.lexlatin.com/reportajes/prision-preventiva-14-abogados-peruanos-arbitrajes-odebrecht>>.

DE SAN MARTÍN, Inés y Leandro Javier CAPUTO. «La provisión para gastos en el arbitraje internacional». En *La Ley*, 1 de abril de 2015, tomo 2015-B.

DOS SANTOS, Caroline. «Third-party funding in international commercial arbitration: a wolf in sheep's clothing?». En *ASA Bulletin*, 2017, n.º 4, vol. 35

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. Barcelona: Bosh, 2017.

FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique. «La financiación por terceros en el arbitraje internacional». En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, n.º 2, vol. 8.

FIGUEROA VALDES, Juan Eduardo. *Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, Gaceta Jurídica, 2010.

HARWOOD, Miriam.; BATIFORT, Simon y Christina TRAHANAS. «Third-Party Funding: Security for costs and other key issues». En LEGUM, Barton (editor). *The Investment Treaty Arbitration Review*. Londres: Law Business Research, 2016.

HERRERO, Álvaro y Keith HENDERSON. *El costo de la resolución de conflictos en la pequeña empresa. El caso de Perú*. Washington, D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2003. Recuperado de <<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/El-costo-de-la-resoluci%C3%B3n-de-conflictos-en-la-peque%C3%B1a-empresa-El-caso-de-Per%C3%BA.pdf>>.

HONG KONG GOVERNMENT. *Code of Practice for Third Party Funding or Arbitration*. 7 de diciembre del 2018. Recuperado de <[https://gia.info.gov.hk/general/201812/07/P2018120700601\\_299064\\_1\\_1544169372716.pdf](https://gia.info.gov.hk/general/201812/07/P2018120700601_299064_1_1544169372716.pdf)>.

ICC COMMISSION ON ARBITRATION Y ADR. *Decisions on Costs in International Arbitration. Reporte para ICC Arbitration y ADR Commission*. París: 2015. Recuperado de <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>>.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014*. Londres: International Bar Association, 2014.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force On Third-Party Funding In International Arbitration. The ICCA reports n.º 4*. Londres: ICCA, 2018.

JIMÉNEZ BLANCO, Gonzalo. «Arbitraje y corrupción». En *Arbitraje*, 2016, n.º 1, vol. IX.

JÚDICE, José Miguel. «Some notes about third-party funding: a work in progress». En *Arbitraje*, n.º 1, vol. XI, 2018, pp. 55-71.

MEREMINSKAYA, Elina. «Financiamiento de litigios a través de terceros y su aterrizaje en Chile». En *Boletín Informativo del Centro de Arbitraje y Mediación CAM Santiago*. 2017, n.º 3, Recuperado de <[http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2017/01/docs/Articulo\\_Elina.pdf](http://www.camsantiago.cl/informativo-online/2017/01/docs/Articulo_Elina.pdf)>.

MOSQUERA, Rebeca y Benjamin MALEK. «Third Party Funding conflicto de intereses y cuestiones de privilegio». En *Revista de la Comisión de Arbitraje Comemorativa a los 100 años de Fundación de la ICC*, septiembre 2019 - anual, n.º 1, año 1.

PRING, Coralia y Jon VRUSHI. *Barómetro global de la corrupción América Latina y el Caribe 2019. Opiniones y experiencias de los ciudadanos en materia de corrupción*. Berlín: Transparency International, 2019.

RIVERA, Julio C. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional». En *Arbitraje*, 2016, n.º 1, vol. IX.

SINGAPORE STATUTES ONLINE. *Civil Law Act: Chapter 43. Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017*. 21 de febrero del 2017. Recuperado de <<https://sso.agc.gov.sg/SL/CLA1909-S68-2017>>.

THEODULOZ, Santiago. «“Third Party Funding”. Su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional”. En *Revista de Derecho*, diciembre 2019, n.º 20.

TPF OBSERVATORY. *List of Third-Party Funders*. Recuperado de <<http://third-party-funding.org/list-of-funders/>>.

UNCITRAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la guía para su incorporación al derecho interno y utilización 2002*. 2002. Recuperado de <[https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf)>.

UNIDROIT. *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010*. 2010. Recuperado de <<https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>>.

VON GOELER, Jonas. *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

WHITE & CASE. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. Londres: Queen Mary University and School of International Arbitration, 2015. Recuperado de <[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf)>.

ZEVALLOS, Emilio, «Obstáculos al desarrollo de las pequeñas y medianas empresas en América Latina». En *Cuadernos de Difusión*, junio de 2006, n.º 20, vol. 11.

**ARBITRAJE BALBOA VS. JURISDICCIÓN DRAGO:  
¿UN *ROUND* MÁS PARA EL ARBITRAJE?  
LAS ACCIONES DE CLASE COMO UN «GOLPE DE  
SUERTE» DEL ARBITRAJE A LA JURISDICCIÓN**

*Franco Berzero\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Bondades y desventajas de los dos contrincantes heterocompositivos.— 3. El «golpe de suerte» del «arbitraje Balboa» a la «jurisdicción Drago».— 4. Consideraciones finales.— 5. Referencias bibliográficas.

La jurisdicción y el arbitraje se han erigido en la actualidad, y desde hace un tiempo, como dos pilares fundamentales en el principio de administración de justicia, pues ambos tienden a resolver los diferentes conflictos que puedan presentarse en la sociedad. El hecho de que la jurisdicción cuenta con el respaldo y apoyo de todo el aparato estatal hiciera parecer que la opción más eficaz y eficiente sería acudir a los tribunales jurisdiccionales a fin de dirimir las controversias; no obstante, los tiempos de la justicia estatal (por su morosidad y duración muy prolongada de los procedimientos que la conforman) y el excesivo formalismo que acarrea pueden desembocar en un entorpecimiento de su fin más elemental, que en definitiva es asegurar la paz social, a través de la resolución de conflictos.

---

\* Abogado investigador y litigante, egresado sobresaliente de la Universidad Nacional de Córdoba en el año 2018 e integrante del cuadro de honor de la Facultad de Derecho del mismo año. Secretario de la Sala de Derecho Internacional Privado y Arbitraje Comercial Internacional del Colegio de Abogados de Córdoba. Certificado en idioma inglés por la University of Cambridge, nivel B2, y en ley contractual del common law por HarvardX. Correo electrónico: francerberzero.3@gmail.com

Es así que surge, como una especie de «rival», el arbitraje, que en los últimos tiempos ha alcanzado mucha más relevancia en el comercio internacional, por las bondades que ofrece en contrapunto a estos problemas puntuales que señalamos sobre la jurisdicción. Tan es así que ciertas industrias como, por ejemplo, la construcción y el transporte marítimo (entre muchas otras) acuden al arbitraje, pues presenta mayor laxitud en la formalidad, además de que los tiempos que maneja son significativamente más ágiles que los de los tribunales, sumado a la especialización en las distintas materias, con conocimientos técnicos y específicos, de los cuales los árbitros se nutren para llevar a cabo su cometido.

Es así que el título de este artículo hace alusión a aquella famosa película de boxeo de la década de los ochenta, donde el protagonista parecía nada tener que hacer contra su contrincante, el cual contaba con todo el apoyo de un aparato ya constituido y financiado por el Estado soviético. Sumando cada vez más herramientas a su arsenal, entre las novedades que trajo el arbitraje más recientemente aparecen figuras como el financiamiento por terceros y las acciones de clase.

Este documento hará lo siguiente:

- i. Comparará y contrastará las nociones elementales de la mentada «rivalidad» entre arbitraje y jurisdicción, analizando y reflexionando sobre la existencia o no de la misma.
- ii. Desarrollará las acciones de clase en su acercamiento al arbitraje, analizando las pruebas y dificultades a sortear, y el surgimiento del «arbitraje de clase» como novedoso en la materia.

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia hemos advertido cómo han ido surgiendo diferentes formas de solucionar los conflictos que se presentan en la sociedad. Podríamos decir que el ejemplo por antonomasia es el de la jurisdicción, donde un tercero imparcial y ajeno a las partes dirime las cuestiones atinentes a los conflictos de intereses que las personas puedan tener. Desde los tribunales de la antigua Atenas, pasando por el Imperio romano y sus juristas que esculpieron las bases de lo que sería luego el sistema judicial predominante en occidente, encontramos que de alguna manera éste tiene sus bases en la voluntad de las personas. Y es que, toda vez que la jurisdicción es un poder que emana del Estado, si nos vamos a las bases de la sociedad, y rememorando a los grandes sociólogos padres del contractualismo como Hobbes, Locke y Rousseau, podemos entender al mismo como una entidad cuya génesis se remonta a la voluntad de las personas, que renuncian a ciertas libertades que tenían en aras del bien común y el desarrollo de una paz social duradera.

Si bien lo afirmado precedentemente suena a un escenario óptimo en el cual todo pareciera funcionar correctamente dadas las abdicaciones por parte de los sujetos en aras de un fin superior, hay que recalcar que esto no deja de ser un escenario utópico, con algunos que otros tintes poéticos. La humanidad presenta dos notas características a su condición, las cuales son la heterogeneidad y la diversidad. En la medida que las personas se relacionen y creen vínculos entre sí, es sólo cuestión de tiempo que surjan conflictos, entendidos éstos como situaciones en que las partes tienen intereses incompatibles entre sí, sea de manera real o ficta (ya que puede que esa divergencia sólo exista en la percepción de los involucrados).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CAIVANO, Roque J. y Natalia M. CEBALLOS RÍOS. *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino: comentario exegético y comparado de la Ley 27.449*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2020.

Ante la inminente existencia de estos conflictos, surgen formas distintas de afrontarlos. Por un lado, tenemos los métodos de autocomposición (como el allanamiento, la transacción, incluyendo la intervención de terceros como la mediación), los cuales exceden el objeto de estudio de este trabajo; y, por el otro, los de heterocomposición, donde un acuerdo entre los interesados no es posible de darse en los hechos, por lo que acuden a un dispositivo extraño a la relación para dirimir finalmente sobre el conflicto que se dio (por excelencia, la jurisdicción y el arbitraje). Es así que se nos presentan estos dos modelos, uno más de confrontación, en el cual la persecución de los intereses propios se logra a costa de los de la otra parte, y el otro, donde hay una tarea de cooperación y construcción, buscando un resultado que satisfaga a todos por igual.<sup>2</sup>

Retomando lo desarrollado en el primer párrafo de este punto introductorio, refrescamos diciendo que el Estado, *per se*, deriva de la constitución de un contrato social, y dentro de las garantías que éste brinda está la de la seguridad de sus integrantes, velando por la justicia, la paz y la cohesión social. De esa soberanía de la que se dotó al Estado surgen las distintas instituciones para la consecución de tales fines, entre ellas la de dotar a un aparato independiente que asegure la función de administración de justicia para los particulares, zanjando todas las controversias que pudieran presentarse, con el auxilio de todo el dispositivo estatal y la posibilidad de la coerción para hacer cumplir con lo que establezca, el cual no es otro que la jurisdicción. De todo lo mentado, sintetizamos que la fuente primera de donde surge esa soberanía del Estado que dota de poder a la jurisdicción no es otra cosa que la autonomía de la voluntad de las partes, la cual, en definitiva, es el origen de todos los vínculos y relaciones de poder humanas.

Y como parte de los principios consagrados en prácticamente la totalidad de las cartas magnas de occidente, entendemos que la libertad

---

<sup>2</sup> *Ibidem.*

es uno de los principales. Y dentro de éste encontramos a la libre autonomía de la voluntad de las personas, componente que dará vida y dotará de sentido a nuestro principal personaje: el arbitraje.

Podemos definir el arbitraje como una forma alternativa a la jurisdicción de resolución de conflictos, basada en la libre autonomía de la voluntad, que implica una renuncia al poder de jurisdicción de los tribunales estatales para el sometimiento de la resolución de las controversias a un tercero o grupo de terceros imparciales y ajenos a las causas en cuestión (árbitros), y donde los sujetos intervinientes tendrán la posibilidad de elección de distintos factores a tener en cuenta, atinentes al procedimiento del mismo: tanto el idioma en el que se desarrollarán las audiencias y escritos del arbitraje como también la composición del tribunal arbitral, la ley que se aplicará al fondo de la cuestión, la sede donde se llevará a cabo el proceso, entre muchas otras cuestiones más.

## **2. BONDADES Y DESVENTAJAS DE LOS DOS CONTRINCANTES HETEROCOMPOSITIVOS**

Vemos así cómo en una primera aproximación al tema, el arbitraje surge como una propuesta superadora, donde, al haber mayor libertad a la hora de determinar el procedimiento a seguir, uno tendería a pensar que las partes pueden ajustarlo a sus intereses, y todo esto conduciría a una solución consensuada, negociada y constructiva, donde ambos interesados son protagonistas y se han autorregulado como más les era útil. De hecho, esto se consagra en el respaldo que tiene el arbitraje en la autonomía de la voluntad, en que las personas tienen libertad de elección de cualquier medio reconocido por la ley para acceder a la justicia y obtener así la defensa de sus derechos e intereses. No obstante, hay que recalcar que esta libertad no es absoluta y que reconoce límites, pues ésta debe ajustarse a las leyes preestablecidas y respetar los derechos fundamentales: sólo se puede renunciar a un derecho propio, de carácter privado,

cuando sea atinente a un interés propio y personal de quien lo abdica, y esta renuncia no esté expresamente prohibida por la ley.<sup>3</sup>

Surge entonces una justicia privada que viene a equilibrar las deficiencias del sistema jurisdiccional tradicional, pues los interesados pueden perseguir sus fines e intereses del mismo modo que lo harían con aquél, obteniendo una resolución por parte del o de los terceros imparciales (un laudo arbitral) que tendrá efecto de cosa juzgada y podrá ser ejecutada del mismo modo que las sentencias judiciales de la última instancia a la que hubiesen llegado, habiendo sido ésta obtenida en lapsos de tiempo significativamente más rápidos. De hecho, comparten la nota de la heterocompositividad, pues en ambos casos un tercero ajeno e independiente a las partes resuelve de manera neutral los conflictos de intereses presentados, teniendo como respaldo el derecho elegido como aplicable al fondo de la cuestión (y dejando de lado los casos de los arbitrajes de equidad, los cuales exceden el objeto de este documento), y persiguen dar resolución de manera equitativa y justa a los justiciables, para perseguir un fin mayor que no es otro que el de la cohesión y la paz social, para brindar seguridad jurídica.<sup>4</sup>

Como respuesta a los males de la morosidad y los procedimientos cargados de excesivos rigorismos formales de la jurisdicción, los cuales no hacen más que prolongar innecesariamente los procedimientos, surge el arbitraje, a dar pelea para brindar una alternativa para la razón de ser de los medios heterocompositivos de resolución de conflictos, la cual no es otra que obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

Esta situación se ve agravada por los avances de las técnicas y tecnologías, y el aumento en el tráfico comercial globalizado, lo cual ha congestionado y colapsado las estructuras que el Estado ofrece para

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Abogacía internacional*. Madrid: Rasche, 2014, vol. I: Arbitraje.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

brindar justicia. Ésta es una de las notas distintivas del arbitraje, su eficiencia y rapidez a la hora de llevar adelante los procedimientos, para evitar frustrar los intereses de las clases menos privilegiadas, traducéndose como un medio de presión de «los más fuertes» hacia los más débiles.<sup>5</sup>

Pero no todos son «golpes de suerte» para el arbitraje, pues una de las críticas que se le hace, y la cual constituye una gran barrera para el acceso a la justicia por parte de un gran sector de la sociedad, es el tema de los costos que implica llevar una controversia a un tribunal arbitral. Es entendible que es un servicio privado de justicia, que los tiempos del procedimiento y de la resolución son significativamente menores, sumado a que los árbitros se especializan en materias y conocimientos técnicos específicos para brindar una mejor atención a los asuntos que les son sometidos; pero todos esos beneficios, evidentemente, se traducen en mayores costos.

Veamos un ejemplo concreto apoyándonos en la calculadora virtual que ofrece la Cámara de Comercio Internacional (CCI) para visualizar efectivamente de lo que estamos hablando. Supongamos que existe un contrato entre dos empresas de unos USD 20 000 000 (veinte millones de dólares), y se presenta un malentendido en los términos del mismo cuando éste ya se encuentra en ejecución. Por un tribunal constituido por tres árbitros, un tipo de arbitraje ordinario y no expedito, una complejidad del conflicto media y un costo medio de honorarios de abogados, por parte, el costo estimado del arbitraje es de USD 2 067 202 (dos millones sesenta y siete mil doscientos dos dólares). No hace falta imaginar que muchas empresas, sobre todo las de menor tamaño y producción, no puedan acceder al servicio de un arbitraje de estas características, no quedándoles más opción que acudir a los tribunales de la justicia ordinaria estatal.

---

<sup>5</sup> *Ibidem.*

Así las cosas, pareciere que no hubiere más remedio para los particulares que no cuentan con los medios suficientes para acceder al arbitraje que acudir a la justicia estatal. No obstante, se erigen como figuras novedosas algunas instituciones como el financiamiento por terceros del arbitraje, los cuales presentan algún tipo de interés en el mismo, dando lugar a figuras más novedosas y quizá impensadas en algún otro momento, como el tema que nos atañe en el presente, que no es ni más ni menos que las acciones de clase, llevadas ante los tribunales arbitrales, las cuales serán desarrolladas un poco más adelante.

Otro obstáculo con el que se topa el arbitraje a la hora de ser elegido como medio alternativo de resolución de controversias es en materia de la ejecución de sentencias. Es menester aclarar que el arbitraje se sirve de la jurisdicción, prestándole ésta asistencia y velando por que aquél se adecue a derecho y respete las normas vigentes y aplicables al caso en cuestión. Pero esa dependencia está ligada al accionar de los tribunales, puesto que será una colaboración sana en la medida que no haya dilaciones e interferencias por parte de éstos, toda vez que, al poseer el *imperium* con el que fueron imbuidos por el poder soberano del Estado, éstos son quienes en definitiva determinan la procedencia de medidas cautelares, como la ejecución de los laudos arbitrales. Y es que, justamente, basándose en un principio duro de la defensa de la soberanía del Estado, puede que los jueces se muestren reticentes a ejecutar los laudos arbitrales y, aún más, que procedan lisa y llanamente a la anulación de éstos, por cuanto los jueces están dotados de ese *imperium*, que los distingue de los árbitros.

Vislumbramos así que podemos caer en un escenario de inseguridad jurídica total para los sujetos interesados, pues nada aseguraría que el resultado arribado en el arbitraje sea luego ejecutado y llevado adelante con el auxilio de la justicia ordinaria, cayendo en una especie de juego de azar, donde los resultados son imprevisibles.

### **3. EL «GOLPE DE SUERTE» DEL «ARBITRAJE BALBOA» A LA «JURISDICCIÓN DRAGO»**

Si analizamos la actualidad del arbitraje y visualizamos las virtudes que hemos analizado precedentemente, sumado a todas las novedades que espontáneamente van apareciendo, caemos en la cuenta de que su campo de actuación se va agrandando cada vez más.

Es así que éste se ha dotado de nuevas herramientas que lo posicionan cada vez más en el centro del escenario. Particularmente, y como mencionamos al inicio de este trabajo, haremos referencia a un instituto que es relativamente novedoso en el mundo del arbitraje, ya que de algún modo estaba circunscripto al ámbito jurisdiccional, y que son las llamadas acciones de clase.

Según el artículo 1 del proyecto de ley de las acciones de clase de la República Argentina, presentado en el año 2009 por la legisladora Liliana Negre de Alonso, podemos conceptualizarla como:

[...] aquella acción que se puede entablar en protección de intereses individuales homogéneos que tengan incidencia colectiva, es decir que afecten a una pluralidad relevante de derechos individuales, y a los derechos de incidencia colectiva tales como derecho de protección al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, siempre que no estuvieren destinados a consagrar, modificar o extinguir situaciones jurídicas individuales que afecten exclusivamente al sujeto accionante.

Teniendo ya claro el concepto de las acciones de clase, no es necesario aventurarnos en un hilamiento de pensamientos para caer en la cuenta de que éstas fueron mentadas para la defensa de los intereses de los sectores más vulnerables de la sociedad, afectados por un problema común, con el fin de ahorrar gastos en demandas sucesivas contra un mismo demandado o responsable.

No obstante lo antedicho, surge el «arbitraje de clase», el cual no es sino la fusión de dos instituciones que no son otras que estas acciones de clase junto con el procedimiento arbitral. Se basa en un proceso de arbitraje, donde la colectividad de sujetos interesados es representada por un único «representante de clase», cuya intervención en el mismo hará que lo decidido en el laudo sea aplicable a la totalidad de representados interesados. Lo novedoso en este escenario es justamente el carácter plural que tiene una de las partes.<sup>6</sup>

A fines de desarrollar una idea clara de la génesis de esta institución, obligadamente debemos acudir a los Estados Unidos, lugar donde ha tenido más desarrollo a nivel mundial, haciendo una breve reseña histórica sobre el tema.

Las primeras apariciones del arbitraje de clase se dieron en la década de los ochenta, en California más precisamente. Las colectividades firmaban un acuerdo arbitral con la parte demandada en las diferentes relaciones que se generaban, y las cortes remitían a procedimiento arbitral los conflictos incoados por un sujeto en representación de toda esa gente, a pesar de que nada se decía respecto a la procedencia o no de la acción de clase en sí.

Como ejemplo específico podemos citar el caso *Keating v. Superior Court*, donde un franquiciante inició una acción de clase en contra del franquiciado, *Southland Corporation*, por violación a la ley de inversiones de franquicia de California. La demandada alegó ante la corte la preexistencia de un acuerdo arbitral en los contratos de franquicia, motivo por el cual la corte señaló que el arbitraje de clase podría ofrecer bondades además de constituirse como una «alternativa justificada» frente a lo que consideró una «injusticia manifiesta»: obligar a multitudes

---

<sup>6</sup> RAMÍREZ HUERTAS, Álvaro A. *Ampliando los horizontes del arbitraje en Colombia: una mirada al arbitraje colectivo o de clase*. 2014. Recuperado de <<https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Sobre-nosotros/Articulos-academicos>>.

a presentarse en los tribunales por cuestiones conexas a través de procedimientos separados.<sup>7</sup>

En el año 2003, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos determinó, en el antecedente *Green Tree Financial vs. Bazzle*, que si el acuerdo arbitral permite o no, *per se*, el arbitraje de clase, en definitiva es cuestión que deben decidir los mismos árbitros, no las cortes. Éste representa un cambio de paradigma en la jurisprudencia estadounidense, al dotar de relevancia y poner en primer plano al principio de *kompetenz-kompetenz*. Tan es así que tanto la American Arbitration Association (AAA) como la Judicial and Mediation Services (JAMS) procedieron a la elaboración de un reglamento de arbitraje de clase, donde se consagraba el principio mentado *ut supra*.

Tanto el arbitraje como las acciones de clase tienden a un fin común, dentro del cual podríamos consagrar una serie de principios, entre ellos, la celeridad y economía procesal, la seguridad jurídica, sumado al conocimiento técnico específico por parte de los árbitros, además de su experiencia, en cuestiones atinentes a derecho financiero, de competencia y consumo, lo cual da cuenta de la posibilidad de coexistencia armoniosa entre estas dos instituciones, que se funden en un nuevo núcleo para dar lugar al arbitraje de clase. Evidentemente, estamos frente a un «golpe de suerte» del arbitraje a la jurisdicción, que le suma sin lugar a duda unos puntos más en esta contienda que venimos desarrollando.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos presentado brevemente las notas distintivas de los métodos de resolución heterocompositivos de disputas por excelencia, los cuales son la jurisdicción y el arbitraje. Si bien se supone que deben coexistir de manera armoniosa, y que en algún punto hasta dependen uno del otro

---

<sup>7</sup> *Ibidem*.

para que haya un equilibrio en la sociedad de paz y cohesión, la jurisdicción siempre busca prevalecer por sobre el arbitraje. No obstante ello, entendemos que el arbitraje se va nutriendo de nuevas herramientas, avanzando y convirtiéndose en un dispositivo cada vez más complejo, y que abarca cada vez más campo de actuación.

Aun cuando hemos destacado dificultades para el acceso a la justicia privada que implica el arbitraje como, por ejemplo, los altos costos del mismo, no es menos cierto que han surgido figuras contrarrestándolas, específicamente en este caso, el financiamiento por terceros, a fines de sortear estos obstáculos.

Más allá de algún que otro intento por parte de los países que conforman América Latina, podemos decir que los países más avanzados en este aspecto son Perú y Brasil. Sin dudas, es un gran desafío para la región incorporar este tipo de procedimiento, y lo vemos específicamente en el ejemplo de Argentina, donde la primera acción de arbitraje de clase del país se presentó en el año 2018, contra Petróleo Brasileiro S. A., por una asociación de consumidores financieros. Si bien fue un caso muy novedoso y llamativo en su momento, la actora finalmente desistió de la acción y, aunque los motivos no son claros y al día de hoy son enigmáticos, podemos aventurarnos a pensar que, en alguna medida, la falta de puesta en práctica de este dispositivo puede haber contribuido a dicho suceso.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAIVANO, Roque J. y Natalia M. CEBALLOS RÍOS. *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino: comentario exegético y comparado de la Ley 27.449*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2020.

*Calculadora de costos de arbitraje ICC completa*. Recuperado de <<https://www.international-arbitration-attorney.com/es/icc-arbitration-cost-calculator/>>.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. *El arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el control judicial*. Barcelona: Bosch, 2017.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Abogacía internacional*. Madrid: Rasche, 2014, vol. I: Arbitraje.

NEGRE DE ALONSO. *Proyecto de ley estableciendo las acciones de clase*. 2009. Recuperado de <<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1412.09/S/PL>>.

RAMÍREZ HUERTAS, Álvaro A. *Ampliando los horizontes del arbitraje en Colombia: una mirada al arbitraje colectivo o de clase*. 2014. Recuperado de <<https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Sobrenosotros/Articulos-academicos>>.

RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial, internacional y doméstico*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, segunda edición.

TAMBORINI, Luis. *Arbitraje de clase en Argentina: a prueba y error. 20 de abril de 2020*. Recuperado de <<https://abogados.com.ar/arbitraje-de-clase-en-argentina-a-prueba-y-error/25666>>.



**NUEVOS DESARROLLOS DE LA JURISPRUDENCIA  
INTERNACIONAL EN MATERIA DE EXTENSIÓN  
DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES  
NO SIGNATARIAS**

*Eduardo Silva Romero\**  
*Luis Miguel Velarde Saffer\*\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Pasado y presente de la extensión del convenio arbitral en la jurisprudencia internacional.— 3. Teorías en que puede sustentarse la extensión del convenio arbitral.— 3.1. El consentimiento implícito.— 3.2. El levantamiento del velo corporativo (*alter ego*).— 3.3. La relación de agencia.— 3.4. La incorporación por referencia.— 4. Desarrollos recientes y matices.— 4.1. La extensión del convenio arbitral por razones de justicia, equidad y buena fe.— 4.1.1. Denegación de justicia.— 4.1.2. Consideraciones de equidad.— 4.1.3. El principio de la buena fe.— 4.2. La aplicación de reglas transnacionales para decidir sobre la extensión del convenio arbitral.— 4.3. Los matices de estos desarrollos.— 5. Conclusión.— 6. Referencias bibliográficas.

---

\* Socio de Dechert (París) LLP. Profesor de Derecho Internacional en la Universidad del Rosario en Bogotá, de Arbitraje de Inversiones y Derecho de Contratos Internacionales en Sciences Po París y de Arbitraje Internacional en la Universidad de Paris-Dauphine.

\*\* Asociado de Dechert (París) LLP. Máster en Leyes por la Universidad de Harvard y exprofesor de Derecho de Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico.

## 1. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia y doctrina internacionales reconocen hoy día que un convenio arbitral puede extenderse y vincular a partes no signatarias bajo determinadas circunstancias. La balanza «entre la flexibilidad (llamada, en materia contractual, consensualismo) y la seguridad jurídica»<sup>1</sup> se ha inclinado a favor de la primera. Esto, sin embargo, no siempre fue así (2).

La extensión del convenio arbitral puede ocurrir en aplicación de diversas teorías que, con fines de claridad, llamaremos *tradicionales* (3). Estas teorías se han visto *flexibilizadas* por la incorporación de consideraciones de justicia, equidad y buena fe en el análisis sobre la extensión del convenio arbitral, lo que ha permitido, en algunos casos, que tribunales internacionales vinculen a partes no signatarias aun cuando las exigencias necesarias para hacerlo —bajo las teorías *tradicionales*— no necesariamente se habían cumplido. Este fenómeno ha venido acompañado por una cada vez mayor aplicación de *reglas transnacionales* al decidir sobre la extensión del convenio, lo que ha reforzado esta *flexibilización* (4).

Puesto que alteran la ecuación de riesgos, estos desarrollos deben ser tomados en consideración al tiempo de estructurar una inversión, al redactar un contrato (incluida su cláusula arbitral) y durante el desarrollo del *iter contractual* (5).

## 2. PASADO Y PRESENTE DE LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Es bien sabido que, como todo contrato, el arbitraje se basa en el consentimiento. Dos o más personas no pueden ser forzadas a arbitrar

---

<sup>1</sup> SILVA ROMERO, Eduardo. «El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje-realidad». En *Lima Arbitration*, 2010-2011, n.º 4, p. 53.

sus disputas a menos que así lo hayan convenido (renunciando, de esta forma, a su derecho a acceder al llamado *juez natural*).

La forma más común de expresar dicho consentimiento es por escrito. El artículo II(1) de la Convención de Nueva York (en adelante, la Convención) dispone, al respecto, que:

[C]ada uno de los Estados Contratantes reconocerá el *acuerdo por escrito* conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

La referencia en la Convención a que «los Estados Contratantes reconocerán el *acuerdo por escrito*» sirvió de base para que, inicialmente, los tribunales arbitrales sólo considerasen como partes de un convenio arbitral a quienes lo suscribieron. El consentimiento debía *necesariamente* constar por escrito. En el caso Banco Árabe (1994), por ejemplo, un tribunal arbitral excluyó a partes no signatarias de un arbitraje porque «no eran de ninguna forma *cosignatarias de la cláusula arbitral*, ni directamente ni por haber otorgado un poder por escrito».<sup>2</sup>

Esta posición ha sido, con razón, superada. Hoy en día se acepta que el consentimiento a arbitrar disputas —por ejemplo, de las partes no signatarias— pueda ser otorgado de manera *implícita*. Como señala el profesor Park:

El consentimiento implícito se enfoca en la real intención de las partes. *Sobre la base de premisas propias del Derecho de Contratos*, la incorporación de «partes no signatarias» extiende el paradigma del consentimiento mutuo a situaciones en las que el acuerdo se demuestra mediante actos antes que palabras.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Banque Arabe et Internationale d'Investissement c. Inter-Arab Investment Guarantee Corp., *Mealey's Arbitration Report*, 1996, n.º 4, vol. 11, p. 13, sección A (el resaltado es nuestro).

<sup>3</sup> PARK, William. «Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma». En *Multiple Party Actions in International Arbitration*, 2009, n.º 3, párr. 1.13 (el resaltado es nuestro).

Ahora bien, si el convenio arbitral debe (en sí mismo) constar por escrito, dependerá de lo que disponga la ley aplicable al mismo. Unas legislaciones son más formalistas que otras.<sup>4</sup> En cualquier caso, además de las dificultades relativas a la prueba de su existencia, un convenio *no escrito* enfrenta riesgos de no reconocimiento y/o ejecución bajo la Convención. De ahí que en la gran mayoría de casos los convenios arbitrales consten por escrito.

### 3. TEORÍAS EN QUE PUEDE SUSTENTARSE LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

Diversas teorías pueden sustentar la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. Entre ellas tenemos:

- El recién mencionado caso del consentimiento implícito.
- El levantamiento del velo corporativo (*alter ego*).
- La relación de agencia.
- La incorporación por referencia.

Este listado no es exhaustivo,<sup>5</sup> aunque recoge las teorías en que más frecuentemente se sustenta la extensión del convenio. A continuación, explicamos brevemente en qué consiste cada una de ellas.

---

<sup>4</sup> El propio artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2010), por ejemplo, propone diversas alternativas en cuanto a la *forma* del convenio arbitral (opción I más formalista que la opción II).

<sup>5</sup> Para mayores detalles sobre estas y otras teorías, consultar SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*, *supra*.

### 3.1. *El consentimiento implícito*

El consentimiento implícito es la teoría más frecuentemente utilizada para sustentar la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el ámbito internacional.

Los tribunales arbitrales internacionales han entendido que existe consentimiento implícito cuando:

- Existe una participación activa (de la parte no signataria) en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato al que se vincula el convenio arbitral.
- Dicha participación o involucramiento ha sido aceptado y/o tolerado por las partes signatarias (de ahí la existencia de *consentimiento*).
- Dicha participación ha sido continua (una participación esporádica o incidental en la negociación y/o ejecución del contrato normalmente se ha considerado insuficiente).

Diversos laudos reflejan este entendimiento. Sólo por citar algunos:

- **Caso CCI n.º 11160:** «La participación activa del [no signatario] en la negociación, preparación y celebración del Contrato, y en ciertos aspectos de la ejecución del mismo, determina que la intención de las partes puede ser razonablemente inferida en cuanto a la extensión de dicho Contrato y la cláusula arbitral al [no signatario]». <sup>6</sup>
- **Caso CCI n.º 4131:** «[...] en virtud del rol que les correspondió en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que

---

<sup>6</sup> Caso CCI n.º 11160, laudo final emitido en marzo de 2002, *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, 2005, n.º 2, vol. 16 (el resaltado es nuestro).

contienen la cláusula arbitral y de acuerdo a la común intención de las partes, [los no signatarios] parecen haber sido verdaderas partes en los contratos».<sup>7</sup>

- **Casos CCI n.ºs 7604 y 7610:** «[...] cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato [...]».<sup>8</sup>

La participación activa durante la *ejecución* del contrato al que se vincula el convenio arbitral es, sin duda, el elemento fundamental para inferir la existencia de consentimiento implícito.

### **3.2. El levantamiento del velo corporativo (*alter ego*)**

El supuesto fáctico para el levantamiento del velo corporativo se configura cuando una persona, aprovechando el control que ejerce sobre una empresa, realiza actos abusivos o fraudulentos en perjuicio de terceros. En este caso, estos terceros podrían solicitar el levantamiento del velo corporativo de la empresa controlada para llegar al controlador y hacerlo responsable por los perjuicios sufridos. Se considera al controlador como el *alter ego* de la empresa controlada y, en consecuencia, como deudor de las mismas obligaciones (incluidas aquellas derivadas del convenio arbitral).

Como ejemplo, considérese el caso del accionista de una empresa que se apropia de sus activos con fines personales o que los transfiere a

---

<sup>7</sup> Dow Chemical France, The Dow Chemical Company y otros c. ISOVER Saint Gobain, laudo interlocutorio del 23 de septiembre de 1982, en SANDERS, Pieter (editor). *Yearbook Commercial Arbitration. Volume IX - 1984*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, p. 135 (el resaltado es nuestro).

<sup>8</sup> Caso n.ºs 7604 y 7610, laudo preliminar sobre competencia emitido en 1995, *Journal de Droit International*, 1998, p. 1027 (el resaltado es nuestro).

otra empresa para evadir deudas, dejándola sin recursos e imposibilitándola de hacer frente a sus obligaciones. En estos casos, los terceros perjudicados podrían intentar hacer responsable al accionista vía el levantamiento del velo corporativo.

Para que proceda el levantamiento del velo, los tribunales arbitrales internacionales normalmente han requerido prueba:

- De la existencia de control.
- De que se han realizado actos abusivos o fraudulentos en ejercicio de dicho control.
- De que un tercero ha sufrido perjuicios producto de tales actos.

Diversos laudos reflejan este entendimiento. Sólo por citar algunos:

- **Caso CCI n.º 8385:** «Levantar o no el velo societario depende mucho de las circunstancias de cada disputa [...] si el control y la dirección efectiva de la filial por la casa matriz contribuyen a tornar ilusorio cualquier recurso contra la indicada filial, el levantamiento del velo societario deviene aún más imperativo».<sup>9</sup>
- **Caso CCI n.º 3879:** «La equidad, en conjunto con los principios del derecho internacional, permite el levantamiento del velo corporativo a fin de proteger a terceras partes contra un abuso».<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Caso CCI n.º 8385, laudo de 1995, *Journal de Droit International*, 1997, p. 1061 (el resaltado es nuestro).

<sup>10</sup> Westland Helicopters c. Arab Organisation for Industrialisation, caso CCI n.º 3879, laudo interlocutorio del 5 de marzo de 1984, en JAN VAN DEN BERG, Albert (editor). *Yearbook Commercial Arbitration 1986, Vol. XI*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1986, p. 131 (el resaltado es nuestro).

### 3.3. *La relación de agencia*

En virtud del contrato de agencia, el *principal* autoriza al *agente* a celebrar actos jurídicos en su representación, quedando el primero legalmente vinculado por dichos actos siempre que el agente no exceda sus facultades.

En casos de agencia, los tribunales arbitrales internacionales normalmente se han enfocado en analizar (i) si existe (o no) una relación de agencia; y (ii) si las facultades del agente incluían someter disputas a arbitraje. Aunque el cumplimiento de ambas exigencias debe evaluarse a la luz de la ley aplicable,<sup>11</sup> podemos realizar dos comentarios generales:

*Primero*, los tribunales arbitrales internacionales han aceptado, en general, que la relación de agencia puede configurarse de manera implícita. Por ejemplo, en el caso CCI n.º 9781, el tribunal arbitral señaló que «una relación de agencia puede inferirse de cualquier circunstancia que demuestre que el agente puso en conocimiento de la parte contratante, expresamente y de manera inequívoca, que el contrato que celebraba no era vinculante respecto de él sino respecto de otras personas».<sup>12</sup>

*Segundo*, algunas cortes han exigido que el agente haya sido autorizado para someter disputas a arbitraje. Por ejemplo, en su decisión del 19 de julio de 1988, el Tribunal Federal suizo anuló un laudo arbitral al considerar que no se había acreditado suficientemente que el agente contase con autorización para someter disputas a arbitraje. El Tribunal Federal suizo señaló que:

La cláusula arbitral no puede ser opuesta a una parte que no la firmó a menos que esta parte esté vinculada por la firma de una entidad o tercero

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, el artículo 1250 del Código de Comercio boliviano exige que el contrato de agencia «se celebre por escrito».

<sup>12</sup> Caso CCI n.º 9781, JAN VAN DEN BERG, Albert (editor). *Yearbook Commercial Arbitration 2005*, Vol. 30. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005, p. 27.

autorizado para actuar en su representación, *con base en un acto que haya otorgado a dicha entidad o tercero el poder de referir una controversia a arbitraje*.<sup>13</sup>

### **3.4. La incorporación por referencia**

Esta hipótesis se produce cuando un contrato que no contiene un convenio arbitral (*primer contrato*) se somete —vía referencia— a las disposiciones de otro que sí lo contiene (*segundo contrato*). En este caso, podrá extenderse el convenio arbitral a las partes del *primer contrato* (no signatarias respecto del convenio arbitral) dada la referencia y sometimiento a las disposiciones del *segundo contrato*.

Esto puede ocurrir, por ejemplo, en un contrato de compraventa internacional que remita y se someta a las cláusulas generales de contratación prerredactadas por el vendedor. Si éstas últimas contienen un convenio arbitral, las controversias del contrato de compraventa internacional deberán ser resueltas mediante arbitraje.

Esto puede ocurrir también en el sector de la construcción, donde existe un contratista principal y varios subcontratistas. En este contexto, algunas veces los subcontratos aluden al contrato principal (que podría contener un convenio arbitral) y se sometan a todas sus estipulaciones.

## **4. DESARROLLOS RECIENTES Y Matices**

Teniendo en mente las teorías recién enunciadas, existen dos desarrollos relativamente recientes que contribuyen a la *flexibilización* de sus exigencias y, por ende, facilitan la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.

---

<sup>13</sup> Decisión de la Corte Suprema de Justicia Suiza del 19 de julio de 1988, en JAN VAN DEN BERG, Albert (editor). *Yearbook Commercial Arbitration, Volume XVI (1991)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1991, pp. 180-181 (el resaltado es nuestro).

El *primero* es la incorporación de consideraciones de justicia, equidad y buena fe en el análisis sobre la extensión del convenio arbitral. Esto ha contribuido, por ejemplo, a la flexibilización (en algunos laudos) de las exigencias para que exista consentimiento implícito (4.1).

El *segundo* es la cada vez más frecuente aplicación de *reglas transnacionales* para decidir sobre la extensión del convenio, lo que ha permitido a algunos tribunales arbitrales dejar de lado legislaciones anacrónicas e idiosincráticas que limitaban la posibilidad de alcanzar a partes no signatarias (4.2).

Se debe ser cauteloso con estos desarrollos puesto que incrementan los riesgos de anulación, no reconocimiento y/o no ejecución de aquellos laudos que vinculen a partes no signatarias (4.3).

#### **4.1. *La extensión del convenio arbitral por razones de justicia, equidad y buena fe***

##### **4.1.1. *Denegación de justicia***

El caso *Dallah* muestra, con bastante claridad, el rol que la *justicia* puede jugar en la decisión de extender el convenio arbitral a partes no signatarias.<sup>14</sup>

En este caso, el presidente de Pakistán emitió una ordenanza disponiendo la creación de un fideicomiso para la ejecución, conjuntamente con *Dallah*, de un proyecto inmobiliario. Una vez creado, el Fideicomiso y *Dallah* suscribieron el contrato de ejecución correspondiente, que incluía una cláusula de arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio

---

<sup>14</sup> *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, Caso CCI n.º 9987, laudo parcial del 26 de junio de 2001, en WOLTERS KLUWER LAW & BUSINESS. *International Journal of Arab Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, n.º 4, vol. 2, pp. 337-369.

Internacional. Conforme a la Constitución de Pakistán, la Asamblea Nacional debía confirmar la ordenanza (emitida por el presidente) dentro de los cuatro meses siguientes a su promulgación, so pena de que quedase sin efecto. La ordenanza no fue confirmada, por lo que ella (así como el fideicomiso que creó) quedaron sin efecto legal.

La República de Pakistán envió a Dallah una comunicación declarando terminado el contrato celebrado por Dallah con el fideicomiso. Ante ello, Dallah inició un arbitraje contra el fideicomiso y Pakistán (éste último, *parte no signataria*) solicitando el pago de una indemnización. Aunque el tribunal analizó la existencia de consentimiento implícito por parte de Pakistán, su decisión final de extenderle el convenio arbitral se sustentó en *evitar una denegación de justicia*. El tribunal señaló:

Estos principios generales [buena fe, moralidad y justicia] requieren que un Estado [...] no pueda evadir sus obligaciones convirtiendo al fideicomiso en insolvente o terminando con su existencia. Dicha situación, *al dejar a la otra parte contratante sin contraparte contractual y sin ninguna protección de sus derechos, es inaceptable, injusta y contraria a todos los requerimientos de moralidad y buena fe.*<sup>15</sup>

La doctrina internacional confirma el rol que la *justicia* jugó en el caso Dallah. Al comentar la decisión de la Corte de Apelaciones de París (que reconoció el laudo arbitral emitido), el profesor Pierre Mayer señaló que: «La negativa de reconocer el laudo habría significado una *denegación de justicia*, dado que el fideicomiso había desaparecido y no había nadie más que el Gobierno contra quien Dallah podría haber accionado».<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> *Idem*, p. 365 (el resaltado es nuestro). Conviene aclarar que en ningún momento el tribunal consideró que pudiese existir fraude o abuso por parte de Pakistán en la terminación del fideicomiso.

<sup>16</sup> MAYER, Pierre. «The extension of the arbitration clause to non-signatories - the irreconcilable positions of French and English courts». En *American University International Review*, 2012, n.º 4, vol. 27, p. 836.

#### 4.1.2. *Consideraciones de equidad*

Razones de equidad también han permitido extender el convenio arbitral a partes no signatarias.

En el caso Westland,<sup>17</sup> los Emiratos Árabes, Arabia Saudita, Qatar y Egipto decidieron unir esfuerzos para desarrollar una industria de armas, creando para dicho propósito la Organización Árabe para la Industrialización (OAI), entidad jurídica independiente. Posteriormente, la OAI y Westland se asociaron para fabricar y vender helicópteros conjuntamente, sometiendo cualquier disputa que pudiese derivar de su relación a un arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.

Producto del reconocimiento de Israel por Egipto, los Emiratos Árabes, Arabia Saudita y Qatar declararon públicamente el cese de la existencia de la OAI. Egipto se opuso, declarando que la OAI continuaba en existencia. Esta disputa ocasionó una serie de daños a Westland, que inició un arbitraje contra la OAI y los cuatro Estados (*partes no signatarias* del contrato de asociación celebrado) reclamando el pago de una indemnización. El tribunal decidió extender el convenio arbitral (y, finalmente, la responsabilidad) a los cuatro Estados por razones de equidad. El tribunal señaló:

Finalmente, debe hacerse referencia a las razones prácticas y las *consideraciones de equidad que han motivado a los árbitros en este asunto* [...] Sería *incorrecto* que el desacuerdo surgido entre los cuatro Estados perjudique a Westland, dejando sin valor alguno todas las garantías.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Westland Helicopters c. Arab Organisation for Industrialisation, en JAN VAN DEN BERG, Albert (editor). *Yearbook Commercial Arbitration 1986, Vol. XI*.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 131 (el resaltado es nuestro).

### 4.1.3. *El principio de la buena fe*

El principio de la buena fe también ha pasado a tener un rol importante en la extensión del convenio arbitral. La Corte Suprema suiza, por ejemplo, señaló en el 2014 que: «Ya ha sido admitido que en circunstancias específicas, en base a las reglas de la buena fe, un cierto comportamiento puede sustituir el cumplimiento de una exigencia formal».<sup>19</sup>

A nivel legal, el artículo 14 de la nueva Ley de Arbitraje peruana (2008) dispone que:

*El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. (El resaltado es nuestro)*

De acuerdo con la norma citada, el principio de la buena fe *ilumina* el análisis sobre si existe o no consentimiento implícito. Dicho principio «determina el ejercicio de los derechos conforme a unas *exigencias morales y sociales*. Comúnmente se habla del ejercicio del derecho como *un buen padre de familia* para referirse a su uso adecuado».<sup>20</sup>

Una de las principales manifestaciones del principio de la buena fe es la doctrina de los actos propios, que (i) protege la confianza legítima de terceros creada por ciertas conductas (normalmente sostenidas en el

---

<sup>19</sup> X. S.A, e Y. S.A. c. Z Sarl y ICC Arbitral Tribunal, decisión del Tribunal Federal (Primera Cámara Civil) del 16 de octubre de 2013, 4P\_115/2003, p. 16. Un razonamiento similar se siguió en el caso X. c Y Engineering SpA, y SpA, decisión del Tribunal Federal (Primera Cámara Civil) del 7 de abril de 2014, ATF 4A\_450/2014, p. 19. Además, el caso Dallah hace varias referencias a la buena fe.

<sup>20</sup> ROGERS, David (editor). «Buena fe». En *Enciclopedia Jurídica*. 2020. Recuperado de <<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/buena-fe/buena-fe.htm>>.

tiempo); y (ii) rechaza actos y/o conductas contradictorias con aquellas generadoras de la confianza legítima.<sup>21</sup>

Como puede apreciarse, a través de la buena fe se incorporan consideraciones adicionales al mero análisis de la existencia de consentimiento, como son, por ejemplo, las relativas a la corrección en el actuar y la protección de la confianza legítima. En este contexto, la buena fe facilita la extensión del convenio a partes no signatarias.

#### ***4.2. La aplicación de reglas transnacionales para decidir sobre la extensión del convenio arbitral***

Otro desarrollo que facilita la extensión del convenio arbitral es la cada vez más frecuente aplicación de reglas transnacionales por los tribunales internacionales al decidir sobre esta cuestión.

La aplicación de reglas transnacionales permite a los tribunales dejar de lado leyes nacionales anacrónicas y/o excesivamente formalistas que pueden dificultar la extensión del convenio a partes no signatarias. Además, las reglas transnacionales otorgan mayor flexibilidad por cuanto se condicen con las exigencias del tráfico internacional. Como se señaló en el laudo emitido en el caso CCI n.º 14208/14236, la aplicación de dichas reglas

[...] ofrece varias ventajas. Ellas aplican de manera uniforme y son independientes de las peculiaridades de cada ley nacional. Ellas toman en consideración las necesidades de las relaciones internacionales y permi-

---

<sup>21</sup> Como se señala en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo español de 18 de octubre de 2012: «La llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium* surgida originariamente en el ámbito del derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos».

ten un intercambio fructífero entre sistemas algunas veces excesivamente conceptualistas, y sistemas que buscan una solución justa y pragmática para situaciones particulares.<sup>22</sup>

En el caso CCI recién citado, el tribunal dejó de lado la ley de la sede y la ley del país de constitución de la empresa cuyo velo se intentaba levantar y aplicó reglas transnacionales, concluyendo que el convenio arbitral vinculaba a la compañía matriz no signataria.

Las cortes francesas han seguido un camino similar al adoptar, al menos parcialmente, la postura de la *delocalización* del arbitraje. En efecto, en el caso Dalico, la *Cour de Cassation* señaló que la extensión del convenio arbitral debía analizarse de acuerdo a la común intención de las partes y sin referencia a una ley nacional particular (los únicos límites los constituyen las normas imperativas francesas y el orden público):

[...] en virtud de una regla sustantiva de arbitraje internacional, el convenio arbitral es legalmente independiente del contrato principal que lo contiene o que se refiere a él, y la existencia y efectividad del convenio arbitral deben analizarse, sujeto a las normas imperativas del derecho francés y el orden público internacional, *sobre la base de la común intención de las partes, sin necesidad de referirse a ninguna ley nacional.*<sup>23</sup>

### 4.3. *Los matices de estos desarrollos*

Puesto que los desarrollos recién comentados contribuyen a *facilitar* la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, éstos generan ciertos riesgos que no deben pasar desapercibidos.

---

<sup>22</sup> Caso CCI n.º 14208/14236, laudo parcial emitido en junio del 2008, publicado en el *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, 2014, n.º 2, vol. 24, párr. 382 (el resaltado es nuestro).

<sup>23</sup> Comité Populaire de la Municipalité de Khoms El Mergeb c. Dalico Contractors, decisión de la *Cour de Cassation* (Primera Cámara Civil) del 20 de diciembre de 1993, Recurso n.º 91-16828, Boletín 1993 (I) n.º 372 (el resaltado es nuestro).

*Por un lado*, debe recordarse que el artículo V(1)(a) de la Convención contempla entre las causales para el no reconocimiento y/o ejecución del laudo:

Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que *dicho acuerdo no es válido* en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o *si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia*. (El resaltado es nuestro)

Puesto que las partes no suelen pactarla expresamente, la ley generalmente aplicable al convenio arbitral es la ley de la sede. Si esta ley contiene reglas formalistas respecto del convenio arbitral, o si las cortes de la sede y/o de la jurisdicción donde se pretende el reconocimiento y ejecución del laudo tienen una posición estricta respecto de la extensión del convenio, un laudo que vincule a partes no signatarias (en aplicación de consideraciones de justicia, equidad, buena fe y/o de reglas transnacionales) podría ver en riesgo su validez o, en todo caso, su eventual reconocimiento y ejecución.

Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Dallah*, donde la Corte Suprema inglesa se negó a reconocer el laudo que vinculó a Pakistán (por razones de justicia) al considerar que el convenio arbitral y el contrato que lo contenía fueron «deliberadamente estructurado[s] para ser, y así fue[ron] celebrado[s], entre *Dallah* y el Fideicomiso». <sup>24</sup>

*Por otro lado*, en varias jurisdicciones de América Latina existe la posibilidad de interponer acciones constitucionales contra un laudo (llamadas acción de amparo, acción de tutela, etcétera), aun cuando tales laudos hayan sido confirmados en vía de anulación. En su mayoría, estas acciones se sustentan en violaciones a los derechos constitucionales al

---

<sup>24</sup> *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, decisión de la Corte Suprema del Reino Unido de 2010, párr. 66.

debido proceso y acceso a la justicia. En países como Argentina y Colombia, esta revisión constitucional puede ser amplia.<sup>25</sup>

Un laudo que vincula a partes no signatarias y que se sustenta en (i) evitar una denegación de justicia, en razones de equidad y/o en el principio de la buena fe; y/o (ii) en la aplicación de reglas transnacionales se encontrará expuesto, en varias jurisdicciones latinoamericanas, a una revisión constitucional que podría conllevar su invalidación (por ejemplo, por violación del derecho constitucional a la libre contratación o la privación del derecho al *juez natural*).

## 5. CONCLUSIÓN

Como se ha visto, algunos tribunales arbitrales han incorporado en el análisis de la extensión del convenio arbitral consideraciones que van más allá de las teorías tradicionales y que facilitan la vinculación de partes no signatarias. Si bien es posible que consideraciones de justicia, equidad y buena fe hayan influido —desde hace mucho tiempo— en las decisiones de los tribunales, hoy en día aquellas son explícitamente reveladas en el razonamiento de los árbitros y sus laudos. La cada vez mayor aplicación de reglas transnacionales apunta en la misma dirección de flexibilización y es algo más reciente.

Aún es temprano para saber si estos desarrollos serán aplicados con relativa frecuencia. Lo que es claro, no obstante, es que aquellos alteran la ecuación de riesgos y, por ende, deben ser considerados al tiempo de estructurar una inversión, al redactar un contrato (incluida su cláusula arbitral) y durante el desarrollo del iter contractual. Pactos expresos sobre responsabilidad (incluidas limitaciones de responsabilidad), sobre el rol que corresponde a cada uno de los involucrados en una transacción

---

<sup>25</sup> Por ejemplo, en Argentina, cuando el Estado y/o una de sus entidades sean parte del arbitraje, la revisión constitucional del laudo procederá si éste resulta *arbitrario*. Ver CSJN, 29.8.00, Aion S.A.I.C. y A. y Natelco S.A.I.C. c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Fallos 322:298.

y sobre la ley aplicable a ciertas cuestiones pueden ser algunas de las formas de lidiar con estas nuevas tendencias.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JAN VAN DEN BERG, Albert (editor). *Yearbook Commercial Arbitration 1986, Vol. XI*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1986.

JAN VAN DEN BERG, Albert (editor). *Yearbook Commercial Arbitration, Volume XVI (1991)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1991.

JAN VAN DEN BERG, Albert (editor). *Yearbook Commercial Arbitration 2005, Vol. 30*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2005.

MAYER, Pierre. «The extension of the arbitration clause to non-signatories - the irreconcilable positions of French and English courts». En *American University International Review*, 2012, n.º 4, vol. 27.

PARK, William. «Non-signatories and international contracts: an arbitrator's dilemma». En *Multiple Party Actions in International Arbitration*, 2009, n.º 3.

ROGERS, David (editor). «Buena fe». En *Enciclopedia Jurídica*. 2020. Recuperado de <<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/buena-fe/buena-fe.htm>>.

SANDERS, Pieter (editor). *Yearbook Commercial Arbitration. Volume IX - 1984*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984.

SILVA ROMERO, Eduardo. «El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje-realidad». En *Lima Arbitration*, 2010-2011, n.º 4.

WOLTERS KLUWER LAW & BUSINESS. *International Journal of Arab Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, n.º 4, vol. 2.



# EL CONTROL JUDICIAL (*AB INITIO*) DEL LAUDO ARBITRAL EN LA EJECUCIÓN JUDICIAL

*Sergio Natalino Casassa Casanova\**

**Sumario:** 1. Formulación del problema.— 2. El «título ejecutivo».— 3. El laudo arbitral como «título ejecutivo de naturaleza judicial».— 4. La ejecución judicial del laudo.— 5. El problema y el estado de la cuestión.— 6. El control judicial de los títulos ejecutivos en general.— 7. Nuestra posición.— 8. Sigue...— 9. Conclusión.— 10. Referencias bibliográficas.

## 1. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Es muy común escuchar posiciones (a veces mayoritarias) que rechazan la posibilidad de que la justicia ordinaria controle la actividad arbitral. Se tiene la idea, promovida por la propia Ley de Arbitraje, que los laudos arbitrales se ejecutan sin más cuestionamiento por parte del juez, claro está, en los casos de ejecuciones judiciales, proscribiendo cualquier posibilidad de control inicial.

Nuestro comentario se enfocará a resolver la siguiente inquietud: ¿es correcto o no que el juez de la ejecución sea un «simple» ejecutor, o si, por el contrario, deberá asumir su posición como juez, y como tal se

---

\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú con mención en Derecho Procesal. Profesor de Post Grado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de San Martín de Porres. Profesor de pregrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Tecnológica del Perú y Universidad de San Martín de Porres. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Asociado al Estudio Martínez & Torres-Calderón Abogados.

encuentra en la posición de calificar el título ejecutivo que llega a sus manos? Es por ello que en forma breve y sucinta revisaremos al laudo como título ejecutivo, su naturaleza, la función del juez con relación a los títulos ejecutivos, en general, para luego abocarnos específicamente al laudo arbitral, y sobre dicha base exponer nuestra posición.

Aunque estas palabras pueden ir adelantando la opinión del autor, en tiempos como éstos, en donde se pone en tela de juicio la idoneidad del arbitraje como método transparente de solución de controversias, consideramos que un control judicial no le restará autonomía, sino —muy por el contrario— lo fortalecerá, y reivindicará su importancia, eficacia y efectividad.

## 2. EL «TÍTULO EJECUTIVO»

Empecemos por ver la importancia del «título ejecutivo» al interior del proceso de ejecución. Como ya en otras oportunidades hemos comentado, Carnelutti —refiriéndose al proceso ejecutivo— incidió en que la primera exigencia a este fin era que el juez conociera lo que debe ser; sin embargo, esta investigación no le correspondería a él —entiéndase al juez—, ya que éste sería el cometido del proceso de cognición; por ello, éste tendría necesidad, no de buscar, sino de encontrar ya preparado un resultado que constituya para él un punto firme de partida de su actividad.<sup>1</sup>

Es por ello, y coincidiendo con la idea de Liebman, la ejecución forzada provoca consecuencias muy graves sobre el patrimonio del deudor, por ello la ley debe preocuparse de impedir toda forma de abuso, de modo que la ejecución pueda hacerse sólo en beneficio de derechos efectivamente existentes.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. México D. F.: Harla, 1997, p. 193.

<sup>2</sup> LIEBMAN, ENRICO. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, p. 155.

Siendo así, en la ejecución debe haber algo que represente al juez lo que debía ser y no ha sido, de modo que él sepa desde el comienzo lo que debe hacer: este algo toma el nombre de *título ejecutivo*.

Por eso, nuestro proceso de ejecución se ha consolidado sobre el viejo brocado *nulla executio sine título*, es decir, no hay ejecución sin título, induciéndonos a considerar —en palabras de Andolina— que «el título representa un requisito efectivo e incondicionalmente necesario para la realización coactiva del derecho de crédito».<sup>3</sup> Teniendo en cuenta que el «título ejecutivo» constituye aquel presupuesto indispensable para dar inicio a la ejecución, debemos de entender que en nuestro ordenamiento procesal se ha optado por un sistema de titulación taxativo,<sup>4</sup> en donde se le ha conferido eficacia ejecutiva, entre otros, al «laudo arbitral».

### 3. EL LAUDO ARBITRAL COMO «TÍTULO EJECUTIVO DE NATURALEZA JUDICIAL»

Si algo debemos de tener en claro es que el laudo arbitral se asemeja a lo que la sentencia representa en el proceso judicial, es decir, constituye aquel documento emitido por los árbitros (nombrados) en donde plasman la decisión final de la controversia sometida al proceso arbitral.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> ANDOLINA, Italo. *Cognición y ejecución forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: Communitas, 2008, p. 88.

<sup>4</sup> En un sistema de titulación «taxativa» sólo pueden ser títulos aquellos documentos que la ley expresamente señale como tales. Este sistema tiene como ventaja el crear un estado de seguridad jurídica y representa un menor desgaste interpretativo de los jueces para calificar que documentos constituyen o no título ejecutivo; sin embargo, se le cuestiona a este sistema lo rígido de su listado, en sentido de que muchas veces dichos títulos quedan desfasados en el tiempo y se tiene que esperar hasta que legislativamente se le consagre eficacia ejecutiva a ciertos documentos que pese a que tienen las mismas cualidades y necesidades comerciales de los listados, no han sido reconocidos legislativamente como tales. Por otro lado, también existe el sistema «enunciativo-descriptivo» en donde la ley determina los requisitos estructurales del título ejecutivo y sus elementos esenciales. En este sistema le otorga una actividad más intelectual que mecánica a los jueces, pues tendrán que evaluar si cada documento cumple o no con los requisitos —generales— que la ley describe para ser calificados como títulos ejecutivos. Por último, existe también un sistema de «integración», el cual es un sistema ecléctico que contiene ambos sistemas anteriores.

<sup>5</sup> El arbitraje viene a constituir un modelo heterocompositivo para la solución de uno o varios conflictos de intereses, respecto de controversias sobre materias de libre disposición.

Ahora bien, como ya adelantamos, nuestro Código Procesal Civil le ha conferido eficacia ejecutiva al laudo arbitral; sin embargo, se ha optado por calificar la naturaleza de los títulos en «judiciales» y «extrajudiciales».<sup>6</sup> Con base en ello, es preciso que determinemos a qué naturaleza corresponde nuestro «laudo arbitral», con la finalidad de dar respuesta al problema materia de desarrollo.

En un trabajo anterior<sup>7</sup> hicimos mención a la álgida discusión existente para definir la naturaleza del arbitraje (y, por añadidura, su laudo): i) tesis contractualista o privatista; ii) tesis judicialista o procesalista; y iii) tesis mixta o ecléctica.

En la tesis «contractualista o privatista» se considera que el arbitraje es un contrato y, como tal, el convenio arbitral se fundamenta en la autonomía de la voluntad. En esta tesis, los árbitros carecen de la facultad de ejecución, ya que este componente de la jurisdicción es un atributo estatal y por lo tal los árbitros no son funcionarios del Estado y el laudo mucho menos constituye un acto jurisdiccional.

Por otro lado, la tesis «judicialista o procesalista» sostiene —conforme nos lo relata Marianella Ledesma— que «el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es, la cosa juzgada».<sup>8</sup> También justifican los defensores de esta tesis que la función es jurisdiccional no por acuerdo de las partes, sino por mandato de la ley. Por ello, también sostienen que la función del árbitro es jurisdiccional, equiparándolo al juez, igualando su cometido y equiparando el laudo a una resolución judicial firme.

---

<sup>6</sup> En la doctrina se menciona también de títulos de naturaleza «parajudiciales», dentro de los cuales algunos incluyen al laudo arbitral por cuanto éste sería un título ejecutivo producido tras una intervención calificable de jurisdiccional, pudiendo ser ejecutado por un juez, pero no producido por el mismo.

<sup>7</sup> CASASSA, Sergio. *El debido proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero*. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 46.

<sup>8</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, tercera edición, p. 32.

Por último, tenemos a la tesis «eclectica», la cual procura defender una naturaleza privada procesal del arbitraje, en sentido de que resaltan el origen contractual del arbitraje, pero reconociéndole una eficacia jurisdiccional. Sin embargo, conforme a esta tesis, los árbitros no ejercen función jurisdiccional, sino que constituye únicamente la expresión de la autonomía de la voluntad por carecer ellos del *coertio* que todo juez posee y que sus fallos estarían sujetos a revisión judicial.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha sentado posición respecto a esta discusión en la STC Exp. n.º 6167-2006-PHC-Lima.<sup>9</sup> En el fundamento 11 de dicha sentencia se señala:

Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, previstas en el artículo 2 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite en el artículo 139 de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión, pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la carta magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

---

<sup>9</sup> STC Exp. n.º 6167-2006-PHC-Lima, Fernando Cantuarias Salaverry con la Cuarta Sala Penal con Reos Libres de la Corte de Lima.

Así, 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. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura *ius publicista* de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

En consecuencia, a decir de nuestro Tribunal Constitucional —en la antes referida resolución, la cual constituye doctrina constitucional vinculante—, el arbitraje importa una *función jurisdiccional*, es decir, el arbitraje es jurisdicción, apegándose así a la tesis judicialista o procesalista, por lo que el laudo arbitral será homologable a una resolución judicial y, por ello, dicho laudo constituye un *título de naturaleza judicial*.

#### 4. LA EJECUCIÓN JUDICIAL DEL LAUDO

Según nuestra legislación, todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, es por ello que la propia Ley le confiere la calidad de «cosa juzgada». Con ello, la parte vencida —en aplicación a lo dispuesto por el artículo 59 del Decreto Legislativo n.º 1071— deberá cumplir con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos o, en su defecto, dentro de los quince días de notificado con el mismo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones. En caso de incumplimiento se procederá con la ejecución judicial del mismo conforme lo dispone el artículo 68 de la norma.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Existe también la posibilidad de la ejecución en vía arbitral, en tanto que el Tribunal arbitral esté facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral. Sin embargo, no es muy «común» ver este tipo de ejecuciones, si la propia norma permite exceptuarse al propio Tribunal, a su sola discreción de esta atribución.

A efectos de procurar el despacho de la ejecución, de conformidad con el artículo 68 del Decreto Legislativo n.º 1071, el ejecutante —ante el juez competente— solicitará la ejecución acompañando *copia del laudo, de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones* y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.<sup>11</sup>

Sin embargo, un tema interesante para comentar es la discrepancia (hasta ahora no corregida) que existe entre el Decreto Legislativo n.º 1071 y el Código Procesal Civil (artículo 688 inciso 2), en el sentido de que el segundo —a diferencia del primero— exige que el laudo se encuentre «firme» a fin de proceder con la ejecución. Sin embargo, y considerando que la ley ha introducido un sistema arbitral de instancia única, la pretensión de anulación de laudo, según Pardo, más que un «recurso» en sentido estricto, constituiría un mecanismo de ataque a la cosa juzgada atribuida al laudo.<sup>12</sup> Es por ello que «todo» laudo que se dicte tras la culminación del proceso arbitral «siempre» será firme y, en ese sentido, no se exigirá mayor documento que los antes detallados para ejecutar el laudo.

## 5. EL PROBLEMA Y EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Con la intención de dar respuesta a la interrogante que motiva nuestro comentario, empecemos por ver lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 68 del Decreto Legislativo n.º 1071, en el sentido de que dicho acápite especifica que «la autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada». Con lo cual, la pregunta que nos hacemos es: ¿puede el juez calificar oficiosamente el laudo a efectos de despachar ejecución? O si en una

---

<sup>11</sup> En otras legislaciones, como, por ejemplo, la española, para la ejecución de un laudo arbitral —de conformidad con el artículo 550.1.1 de la LEC 2000—, se acompañará, además, del laudo, el convenio arbitral y los documentos acreditativos de la notificación del laudo a las partes.

<sup>12</sup> PARDO, Virginia. *La ejecución del laudo arbitral. Navarra*: Thomson Reuters, 2010, p. 55.

interpretación «literal» del artículo citado, ¿por el «solo» mérito de los documentos debe dictar mandato de ejecución, sin controlar su eficacia ejecutiva?

Si queremos ver cuál es el «estado de la cuestión» del tema bajo comentario, encontraremos que no es pacífico en nuestra jurisprudencia. De hecho, tenemos plenos jurisdiccionales con opiniones encontradas. En el Pleno Regional Jurisdiccional Comercial de Chachapoyas del año 2014 se acordó, por mayoría, que «en etapa de ejecución, lo único que compete al juez es verificar si se ha cumplido con adjuntar los documentos enumerados en el inciso 1 del artículo 68 de la Ley de Arbitraje, no pudiendo entrar a calificar los fundamentos del laudo arbitral por tener calidad de cosa juzgada».

Posteriormente, en el Primer Pleno Distrital Comercial de Lima del año 2015 y luego —con el mismo criterio—, en el Primer Pleno Regional Comercial de Lima en el año 2016 se enfatizó que

[...] la calificación de un laudo arbitral como título ejecutivo debe efectuarse verificando que de los documentos presentados se desprenda que la obligación declarada en el laudo y cuyo cumplimiento se pretende en sede judicial sea cierta, expresa y exigible, y en su caso, líquida o liquidable tratándose de dar suma de dinero.

Dos posturas diferentes: por un lado, los jueces no «podrían» calificar la eficacia ejecutiva del laudo arbitral y, por otro, sí. Si bien es cierto, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial, los plenos jurisdiccionales no son «vinculantes», lo que sí queda claro es que el tema: «no está claro» para la judicatura.

## **6. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS EN GENERAL**

Partamos de la premisa, ya aceptada por nosotros, que el laudo arbitral constituye un título (ejecutivo) de naturaleza judicial. Como tal, por

tener una normativa «especial» será —en aplicación a lo dispuesto por la décima disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071— tramitado según lo normado en la Ley especial (Ley de Arbitraje). Por otro lado, y siguiendo la idea de Ormazabal, el inicio del proceso de ejecución genera consecuencias sobre el patrimonio del deudor motivo por el cual, a efectos de salvaguardar mínimamente la seguridad jurídica y un núcleo irreductible de respeto a su patrimonio, es preciso que la falta de audiencia se vea compensada por la sujeción del despacho de la ejecución a determinadas condiciones, que deben ser de rigurosa concurrencia y objeto de especial vigilancia por parte del órgano jurisdiccional.<sup>13</sup> Con estas ideas, lo primero que debemos de desarrollar es la posibilidad «oficiosa» del juez de calificar la eficacia ejecutiva de un título.

Empecemos por desarrollar, primero desde un punto general en la ejecución, nuestro problema: en el actual artículo 688 del Código Procesal Civil se deja en claro que: «sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso [...]». Este dispositivo necesariamente hay que concordarlo con el artículo 690 cuando reza: «están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor [...]». En otras palabras, la ejecución sólo puede promoverla quien en el título tenga reconocido un derecho: es decir, el acreedor.

Sin embargo, el hecho de tener un título ejecutivo que promueva la «acción ejecutiva» tiene que complementarse con su instrumentalización en cara al proceso, lo cual se realiza a través de la demanda ejecutiva que el acreedor debe interponer. Para que esta demanda prospere deberá (necesariamente) cumplir con los presupuestos procesales generales (desde la perspectiva de la ejecución) y la aportación del título ejecutivo. Con esto se garantiza no sólo el inicio del proceso de ejecución, sino su total desarrollo.

---

<sup>13</sup> ORMAZABAL, Guillermo. *Ejecución de laudos arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 30.

Si bien es cierto, el título ejecutivo es representativo de un deber de prestación del ejecutado, el juez (sin que esto constituya una excepción al principio dispositivo) tiene la obligación de verificar su eficacia ejecutiva, y para darle o negarle la misma no puede examinar si ese deber de prestación existe y subsiste con arreglo a los hechos y al Derecho material de los que depende, sino que sólo puede comprobar si el título ejecutivo adolece de irregularidad formal o si el mismo no contiene una obligación cierta, expresa, exigible y tratándose de obligaciones de dar suma de dinero, líquida o liquidable.

Particularmente, me queda clara la idea de que el juez debe revisar los requisitos exigidos por ley en el título para otorgarle eficacia ejecutiva; sin embargo, como bien refiere Alsina:

[...] la acción ejecutiva es independiente de la relación jurídica substancial y se acuerda al poseedor de un título ejecutivo, con prescindencia de toda consideración sobre la legitimidad del derecho que se pretende hacer valer. Puede así darse el caso de una acción válida sin que el ejecutante tenga derecho.<sup>14</sup>

Sin embargo, al existir una presunción de legitimidad que irradia el título ejecutivo, soy de la opinión que la atribución del juez para revisarlo de «oficio» tiene límites.

En forma oficiosa, el juez puede reexaminar la relación jurídica procesal, sea declarando su incompetencia, incluso, aun cuando el ejecutado no hubiera propuesto la excepción pertinente, o revisando (nuevamente) los otros presupuestos procesales (lo que no significa en este caso específico los requisitos del título ejecutivo: capacidad procesal, requisitos de

---

<sup>14</sup> ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1962, tomo V, segunda edición, p. 37.

la demanda, legitimación, interés para obrar), todo esto permitido por el artículo 121 del Código Procesal Civil.<sup>15</sup>

Incluso, podemos visualizar que cuando se trata específicamente del título, es bueno recordar que éste podría someterse a tres controles al interior del proceso:

- i. Al inicio del proceso previo al despacho del mandato ejecutivo;
- ii. Cuando el ejecutado propone contradicción; y,
- iii. Al momento que el juez emita el auto final.

Como vemos, el juez podrá inclusive —posterior a la calificación liminar del título ejecutivo— declarar lo que los argentinos denominan la «inhabilidad del título», la misma que surge ante la carencia de algunas de las condiciones exigidas para la procedencia de la acción ejecutiva, es decir, el mismo análisis que hace el juez al momento de calificar el título para expedir mandato ejecutivo, se repite o se revisa previo al momento de emitir el auto final que ordene llevar adelante con la ejecución. En nuestro sistema judicial, este nuevo análisis se centra a los eventuales defectos formales del título y que el mismo no contenga una obligación cierta, expresa o exigible, y tratándose de obligaciones dinerarias líquida o liquidable.

## 7. NUESTRA POSICIÓN

Ahora bien, siendo específicos al laudo arbitral, somos de la posición que por más que éste sea un título de naturaleza judicial (asemejándose a una sentencia), no puede encontrarse exento del control judicial del

---

<sup>15</sup> Artículo 121 del Código Procesal Civil: «[...] mediante sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal».

juez de la ejecución, respecto de su eficacia ejecutiva. Y es que consideramos que la fortaleza del arbitraje no radica en su falta de control judicial, sino que, para efectos de su propia ejecución, dicho control constituye un reforzamiento de las bondades que la justicia arbitral pretende otorgar. Pero dejamos constancia que dicho control se limitará únicamente a los aspectos formales del título (laudo). Los aspectos sustanciales serán controlados —con las limitaciones que la ley establece— vía proceso de anulación de laudo o en un proceso de amparo.

En un sentido similar, Ripol nos comenta lo siguiente:

Una de las cuestiones más debatidas por la doctrina ha sido la relativa al alcance de las facultades del juez ejecutor para la revisión del contenido y forma del laudo.

En primer lugar, frente a la revisión del laudo en sede de ejecución se presentan distintas cuestiones en conflicto, como es el principio de inalterabilidad de las sentencias y resoluciones judiciales (y por lo tanto del laudo en su condición de equivalente jurisdiccional); y el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes y al cumplimiento de los principios y derechos de las partes en el arbitraje.

En nuestra opinión, y sin perjuicio de otras cuestiones que se trataran adelante, lo cierto es que la literalidad de la norma debemos concluir que, en efecto, corresponderá al juez realizar un examen riguroso sobre el cumplimiento de los requisitos de los títulos ejecutivos (en este caso laudo) previo el despacho de la ejecución. Sin embargo, este control deberá realizarse en los mismos términos que en relación con cualquier otro título ejecutivo sin que, por tratarse de un laudo, el examen judicial debe ser más riguroso o abarcar distintas materias a las exigidas para cualquier otro título ejecutivo o en cuanto a los requisitos y formalidades de la demanda ejecutiva [...].<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> RIPOL, Ignacio. *La ejecución del laudo y su anulación*. Barcelona: JB Bosch editor, 2013, pp. 167-168.

Consideramos que hay razones suficientes para justificar que el control del juez de ejecución se encuentra impedido de realizar un análisis más amplio. En primer lugar, el laudo arbitral, por mandato de la ley goza del atributo de cosa juzgada, motivo por el cual el juez de ejecución no puede pronunciarse sobre una cuestión que ya ha sido resuelta y a la que, por lo tanto, debería quedar vinculado.

De hecho, la propia Ley arbitral ha precisado sus propios mecanismos de control sobre el cumplimiento de los principios esenciales del arbitraje y demás normativa aplicable, cuyas eventuales infracciones deberían ser en todo caso denunciadas por las partes en la propia sede arbitral y, en su caso, mediante la acción de anulación ante la Sala Superior de Justicia o de ser pertinente, ante los jueces constitucionales en el proceso de amparo.

Inclusive Cordón comenta que

[E]l examen que debe realizar el juez ejecutor de la regularidad del título no puede extenderse al control de los posibles defectos procesales que pudieron existir en el procedimiento seguido hasta su emisión y que la ley deja a la voluntad de las partes; en estos casos, la falta de denuncia por parte del demandado y el no ejercicio en su día de la acción de anulación supone prestar consentimiento al laudo dictado concurriendo el defecto de que se trate, por lo que tales vicios deben entenderse subsanados por la misma voluntad de las partes, que es la norma rectora fundamental del arbitraje.<sup>17</sup>

Queda claro que el ordenamiento ha reservado para otra instancia y ante otro juez competente el examen de legalidad del laudo. Es por ello que consideramos acertado que sólo se aprecie la posibilidad de examen de la formalidad del laudo por parte del juzgado competente para conocer del proceso de ejecución, en el supuesto de que la resolución

---

<sup>17</sup> CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Thomson Reuters, 2010, p. 212.

arbitral no tuviera la regularidad formal que es exigible a un título ejecutivo de esta naturaleza.

## 8. SIGUE...

Viendo que sí es factible el control judicial del laudo arbitral por parte del juez, toca ahora analizar, para encontrar contenido a este comentario, en qué casos se podría denegar la ejecución (*ab initio*) de un título como éste.

Un primer análisis que el juez de ejecución «puede» revisar, está referido a los presupuestos procesales. Un primer punto podríamos verlo cuando el juez de la ejecución verifica su «competencia». Aunque el tema parezca simple, no lo es tanto. Si bien es cierto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, acápite tercero, de la Ley de Arbitraje, «[...] 3.- Para la ejecución forzosa del laudo será *competente el juez subespecializado en lo comercial* o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia [...]», con lo cual se generaría una regla legal sencilla a seguir, pero en la práctica se han suscitado eventos que han motivado la convocatoria de un pleno jurisdiccional para fijar una posición unánime por parte de la judicatura. Es así que en el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial de Lima del año 2017 se propuso la siguiente interrogante: *¿son competentes para conocer las demandas de ejecución y el recurso de anulación de laudo arbitral en materia previsional los juzgados y las salas comerciales, respectivamente?* A lo que se acordó: *no. Corresponde a los juzgados laborales conocer de las demandas de ejecución de laudos arbitrales y a la sala laboral conocer de los recursos de anulación respecto de laudo que resuelvan conflictos de naturaleza previsional.* Con esto podemos encontrar que hay ocasiones en que se puede someter a ejecución pretensiones de una materia distinta a la competencia de un juez, lo cual «de oficio» se puede corregir.

Otro tema a considerar es que la ejecución opera sobre pretensiones de «condena», excluyendo las pretensiones declarativas y constitutivas,

por cuanto para la satisfacción de las mismas no exige un comportamiento del obligado.<sup>18</sup>

También podemos tener en cuenta que el ejecutante, al momento de pretender ejecutar su laudo, lo tendrá que realizar a manera de demanda, la cual deberá de cumplir con los requisitos de los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, lo cual puede (y debe) ser controlado oficiosamente por el juez de la ejecución.

Si un ejecutante pretende ejecutar su laudo, el juez de oficio puede analizar la suficiencia de la acreditación de la representación o la sucesión en el caso de que se inste la ejecución por un representante o por un sucesor de quien obtuvo el laudo favorable.

Asimismo, el juez debe «controlar» que la ejecución se entienda con quien aparece como «acreedor» en el laudo, frente a quien se pretende la ejecución en calidad de «ejecutados» y todo esto en mérito a las pretensiones ordenadas por cumplir que se desprenden del mismo laudo. Sería improcedente pretender ejecutar por quien no es el acreedor como, de la misma forma, pretender ejecutar a quien del laudo no se desprenda como «deudor».

---

<sup>18</sup> Es bueno comentar que en doctrina mucho se hace referencia a la ejecución impropia aludiendo a las posibles medidas dirigidas al pleno despliegue de los efectos establecidos o derivados de ciertas sentencias o, en nuestro caso, «laudos», a satisfacer el interés legítimo que reconocen, pero sin necesidad de que la jurisdicción ejerza su poder coactivo o coercitivo ni penetre en el patrimonio de ningún sujeto jurídico prescindiendo de su voluntad y, desde luego, sin necesidad de que comience un verdadero proceso. Un ejemplo muy común en estos casos es el de las inscripciones, anotaciones y rectificaciones de inscripciones o de asientos registrales que se obtienen en las sentencias constitutivas (como en los casos de incapacidad, de reintegración de la capacidad) o, incluso, en las meramente declarativas (como en los casos de dominio de un inmueble). En sentido similar, el profesor Alvarado Velloso precisa que retóricamente puede decirse que este tipo de sentencia —refiriéndose a las de carácter constitutivo— exige también una suerte de ejecución: la de registrar un nuevo estado jurídico, por ejemplo, en el respectivo Registro. Pero esto es puro trámite administrativo, no ejercicio de fuerza legítima sobre personas o cosas. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, tomo II, p. 311.

Un segundo análisis puede estar basado en el control por la «regularidad formal del título ejecutivo», en nuestro caso, el laudo arbitral. Este examen se circunscribirá únicamente a la regularidad formal del mismo, en otras palabras, a la concurrencia de los requisitos externos de éste. Estas exigencias las podemos ver en los artículos 55 y 56 de la Ley de Arbitraje (p. ej., que sea por escrito y firmado por los árbitros), así como el laudo, como documento, se encuentre legible y completo.

Un tercer análisis estaría enfocado a que el juez, a fin de despachar ejecución, verifique que el laudo contenga una obligación «cierta», «expresa» y «exigible», y tratándose de obligaciones dinerarias «líquidas o liquidables».

Cuando hablamos de «certeza» nos referimos a aquella obligación que no genera dudas respecto a sus elementos objetivos y subjetivos. Carnelutti, refiriéndose a la característica de la certeza, manifestaba que «[...] el título ejecutivo debe representar los hechos de modo que no surjan dudas en torno a la existencia de la obligación y que, por tanto, en la duda, el juez de la ejecución no tenga que hacer elecciones».<sup>19</sup> Por su parte, Satta, al circunscribirse a la certeza, detallaba que la misma implica que «el derecho debe resultar del título en sus extremos objetivos y subjetivos».<sup>20</sup>

Por su parte, la característica de «expresa» no es otra cosa que un reforzamiento de la certeza antes descrita. En efecto, Ariano refiere que «una obligación será expresa cuando figura en el título mismo y no sea el resultado de una presunción legal o una interpretación de algún precepto normativo».<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>20</sup> SATTÀ, Salvatore. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 21.

<sup>21</sup> ARIANO, Eugenia. *El proceso de ejecución*. Lima: Rodhas, 1998, reimpresión, p. 190.

La «exigibilidad» de la obligación importa que la misma no esté sujeta a condición o plazo. Para Rocco, el concepto de exigibilidad importa que el derecho no esté sujeto en su ejercicio a hechos, eventos o actos que impidan el ejercicio mismo de él. Así, si existe un plazo, éste deberá haber expirado; si existe una condición suspensiva, ésta deberá haberse verificado; si hay la obligación de una contraprestación, ésta deberá haber sido prestada, o por lo menos, ofrecida; si debe realizarse un acto precedente al ejercicio del derecho, se lo deberá haber cumplido previamente.<sup>22</sup> Carnelutti entiende por exigibilidad de la obligación que del título no aparezca ninguna circunstancia que pueda impedir la satisfacción del interés del acreedor.<sup>23</sup> Imaginemos un laudo arbitral que condena al cumplimiento de una prestación en un tiempo equis. Si el vencedor recurre al órgano jurisdiccional pretendiendo ejecutar el laudo, sin que haya transcurrido el plazo otorgado en el propio laudo para que el ejecutado cumpla voluntariamente con su prestación, nos encontraremos ante un supuesto de inexigibilidad.

Por último, la «liquidez» de la obligación, tratándose de obligaciones dinerarias, se referirá en los términos de Redenti para expresar que el *quantum* ha sido determinado en una cifra numérica de moneda de curso legal.<sup>24</sup> Entendamos que si del propio laudo no concurren los criterios mínimos para la liquidación de la prestación previa a la demanda, el juez de la ejecución no puede «integrar» dicha omisión.

Todos estos elementos deben ser revisado por el juez de la ejecución previo al despacho de la misma, tanto en títulos de naturaleza extrajudicial como judiciales.

---

<sup>22</sup> ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá - Buenos Aires: Temis - De Palma, 1977, tomo IV, p.145.

<sup>23</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>24</sup> REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1957, tomo II, pp. 308-309.

## 9. CONCLUSIÓN

En conclusión, y dando respuesta a la inquietud que motivó el presente comentario, somos de la opinión —considerando al laudo arbitral como un título de naturaleza judicial— que sí es factible que el juez de ejecución controle (*ab initio*) la eficacia ejecutiva del laudo arbitral, pero únicamente en sus elementos extrínsecos, pues los intrínsecos han sido atribuidos a la competencia de los jueces superiores y jueces constitucionales en los respectivos procesos de anulación de laudo arbitral y proceso de amparo.

## 10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar, 1962, tomo V, segunda edición.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, tomo II.

ANDOLINA, Italo. *Cognición y ejecución forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: Communitas, 2008.

ARIANO, Eugenia. *El proceso de ejecución*. Lima: Rodhas, 1998, reimpresión.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. México D. F.: Harla, 1997.

CASASSA, Sergio. *El debido proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero*. Lima: Instituto Pacífico, 2016.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Thomson Reuters, 2010.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, tercera edición.

LIEBMAN, Enrico. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.

ORMAZABAL, Guillermo. *Ejecución de laudos arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1996.

PARDO, Virginia. *La ejecución del laudo arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2010.

REDENTI, Enrico. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Bosch y Cía. Editores, 1957, tomo II.

RIPOL, Ignacio. *La ejecución del laudo y su anulación*. Barcelona: JB Bosch editor, 2013.

ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Bogotá - Buenos Aires: Temis - De Palma, 1977, tomo IV.

SATTA, Salvatore. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.



# PROPUESTA DE ARBITRAJE PARA INDEMNIZAR AL COMPETIDOR LEAL, NACIONAL O EXTRANJERO, AFECTADO POR EL *DUMPING*, PRÁCTICA DESLEAL DEL COMERCIO INTERNACIONAL

*Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz\**

**Sumario:** 1. Antecedentes del problema.— 2. El rol que cumple la Autoridad de Defensa del Leal Comercio Internacional.— 3. La voluntad de dañar del exportador vinculado al *dumping* y la intervención del importador.— 4. La imposición de derechos *antidumping* como decisión administrativa frente a los daños.— 5. El daño económico causado a los productores nacionales.— 6. El daño económico causado a los consumidores.— 7. Argumentos a favor y en contra del arbitraje para la indemnización por el daño causado por las prácticas del *dumping*.— 8. Materialización de la propuesta legislativa de arbitraje.

## 1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Se busca que los mercados sean libres, ello permite que los empresarios ejerzan su libertad de realizar actos de comercio, actividades económicas y negocios en general.

---

\* Abogado. Magíster en Derecho Internacional Económico y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experto en Derecho Administrativo, Tributario y Comercio Internacional.

El comercio internacional une a los diferentes mercados nacionales, promoviendo las exportaciones e importaciones, de esa forma se materia la libertad económica de cada uno de los ofertantes de bienes, se genera riqueza al interior de las naciones y, en principio, se beneficia a los consumidores con la competencia de precios entre los que ofertan productos importados y los nacionales.

No obstante los grandes beneficios derivados del comercio internacional, cuando ocurren o se registran prácticas desleales del comercio internacional no sólo se vulnera el principio de la libertad económica, sino que se afecta el desarrollo económico de las naciones, se afecta a los productores nacionales, se altera artificialmente la competencia y, al final, el gran perjudicado es el consumidor.

El *dumping* es una distorsión irreal, antijurídica y sin sustento económico leal de los precios de los bienes que se comercializan en los mercados internacionales. Se trata de una práctica antigua en el comercio internacional, la cual supone un incumplimiento de las normas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (o GATT) tanto del año 1947 como del año 1994 (esta última norma dentro del marco de la Organización Mundial del Comercio).

Es preciso señalar que mediante Resolución Legislativa n.º 26407, del 18 de diciembre de 1994 y vigente desde el 1 de enero de 1995, el Congreso Constituyente Democrático aprobó el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay, suscrito en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

La normativa internacional de la Organización Mundial del Comercio comprende, entre sus acuerdos, el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (Medidas *antidumping*), el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, y el Acuerdo sobre Agricultura.

Bajo el ordenamiento jurídico vigente, el Estado peruano debe facilitar y vigilar la libre competencia, combatiendo toda práctica que la limite, mediante el establecimiento de reglas básicas de comportamiento para los agentes económicos, a fin de garantizar la efectiva libertad de competencia en el mercado. Nuestro ordenamiento jurídico, cumpliendo con las disposiciones de la Organización Mundial del Comercio, considera que el *dumping* es una práctica desleal que distorsiona la competencia en el mercado, y ello se contrapone con el modelo de una economía social de mercado defendida por la Constitución Política del Perú 1993.

En el Perú, mediante Decreto Ley n.º 25868 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 025-93-ITINCI, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, siendo dicha entidad la responsable de aplicar las normas jurídicas que garantizan la libre competencia. En el caso del *dumping*, la defensa del leal comercio internacional está a cargo de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias, órgano que resuelve en primera instancia.

Debemos tener presente que la libre competencia es un principio fundamental para promover el crecimiento de los mercados, y ello también es aplicable al comercio internacional. La libre competencia supone la presencia de tres requisitos:

- La libertad de iniciativa o acceso a la economía o mercado, propiamente.
- La libertad de determinar el modo, condiciones, formas o circunstancias de la actividad que se va a desarrollar.
- La igualdad de los competidores (como agentes económicos y como sujetos) ante la ley.

El ejercicio de la primera libertad sirve de base para la materialización de las otras dos libertades. Si a las personas se les permite formar una empresa o iniciar una actividad económica, su ingreso tendrá efectos en el mercado.

La segunda significa poder elegir las condiciones del acceso o ingreso al mercado. Bajo la segunda libertad, las personas naturales o jurídicas deciden cómo participan, cómo intervienen en el mercado, cómo se organizan, es decir, cómo realizan sus actividades empresariales y contribuyen con la economía.

La última es la igualdad que tienen todos los agentes que concurren en un mercado en particular. Bajo la regla de la igualdad no podrían permitirse beneficios o tratos preferentes para algunos de los agentes económicos, ya que ello no sólo no respetaría la libre competencia, sino que al ser un privilegio sería un trato desleal respecto de los agentes económicos que no cuentan con beneficios para participar en el mercado.

Sólo cuando concurren los tres requisitos recién se puede hablar de la existencia de libre competencia. La violación al primer requisito implicaría una limitación del acceso al mercado y la ausencia del último requisito representaría una discriminación entre competidores sin sustento objetivo, sino, por el contrario, arbitrario.

También debemos tener presente que existen dos tipos de competencia: la competencia perfecta y la imperfecta. La primera (competencia pura) parte de los supuestos económicos teóricos y considera que los precios, en un mercado, sólo se determinan por el cruce de una oferta y demanda; el segundo tipo de competencia no considera tal cruce en abstracto. Son los competidores quienes fijan sus precios en función de sus costos (y también de sus estrategias comerciales) y no lo realiza el mercado en abstracto. Los precios bajarían si los productores fuesen más

eficientes, ya que reducirían sus costos, pero ello no ocurrirá si el productor ofertante no opta por ser eficiente, goza de una posición privilegiada en el mercado y abusa de dicha posición.

Ante la ausencia de la competencia perfecta, lo que se presenta en los mercados es la llamada competencia imperfecta.

La competencia imperfecta supone que si bien existe un grado de competitividad entre las empresas (proveedores u ofertantes) que concurren en un mercado, lamentablemente se presentan distorsiones en el mercado, distorsiones artificiales creadas por el propio empresario con fines restrictivos o desleales, los cuales no son aceptados por la libre competencia.

En el caso del *dumping*, nos encontramos frente a una práctica desleal del comercio internacional que partiendo del exportador desleal, empleando a uno o más importadores, generará un daño a los competidores, productores nacionales u otros importadores que compiten en el mercado nacional. El *dumping* se trataría de un caso muy particular de competencia imperfecta, con implicancias en el comercio internacional.

Desde que el Perú optó por ser parte del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio del año 1947, y luego decidió ser parte de la Organización Mundial del Comercio (de 1994), sumado las decisiones gubernamentales que nuestro país dispuso, a partir del año 1991, para una mayor apertura al comercio internacional reduciendo o eliminando los impuestos a la importación de bienes (derechos arancelarios), el mercado peruano se expuso a un mayor ingreso de productos importados, algunos con precios reales, y otros a precios distorsionados, irrealles o *dumping*.

Como resultado de los más de treinta años de apertura del Perú al comercio internacional, nuestro país se ha expuesto a la importación de bienes a precios *dumping*, principalmente en lo referente a partidas

arancelarias de textiles, calzado, ropa y artículos afines (no son los únicos rubros comerciales afectados, pero sí los más recurrentes), por lo que se han afectado a grandes, medianas y pequeñas empresas nacionales dedicadas a la fabricación nacional, con cruciales efectos negativos como por ejemplo:

- Pérdida de puestos de trabajo.
- Cierre de locales o puntos de comercialización.
- Cierre o quiebra de empresas.
- Reducción significativa de las participaciones en el mercado de los productores nacionales.

Es preciso señalar la práctica desleal del *dumping* puede deberse a una estrategia comercial de discriminación internacional de precios entre diferentes mercados nacionales (el del exportador y el del importador) o con base en una finalidad predatoria de precios, la cual tiene por finalidad la eliminación de los competidores. En ambos casos nos encontramos frente a acciones comerciales contrarias a la lealtad y el libre comercio.

## **2. EL ROL QUE CUMPLE LA AUTORIDAD DE DEFENSA DEL LEAL COMERCIO INTERNACIONAL**

Para garantizar la libre competencia y proteger el libre comercio internacional, los países miembros de la Organización Mundial del Comercio han adoptado normas de protección del libre comercio internacional para sancionar prácticas desleales. Dichas normas internacionales, como el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 (medidas *antidumping*), o normas nacionales, como el Decreto Supremo n.º 006-2003-PCM, Reglamento sobre Medidas Antidumping y Com-

pensatorias, son aplicadas por la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi, órgano que resolverá administrativamente el problema en primera instancia, y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi actuará como segunda instancia.

Para el modelo de defensa del libre y leal comercio, los productores nacionales (o eventualmente otro importador competidor) que se vean afectados por una práctica de *dumping* llevada a cabo por un importador que comercializa productos exportados a precios *dumping* tienen el derecho de acudir ante la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi e interponer una denuncia por infracción de las normas del Reglamento sobre Medidas Antidumping y Compensatorias (Decreto Supremo n.º 006-2003-PCM y sus modificatorias) y del Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT de 1994 (medidas *antidumping*).

Cabe indicar que bajo las normas nacionales e internacionales vigentes, con la finalidad de proteger el mercado nacional peruano de prácticas desleales del comercio internacional, adicionalmente, la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias puede también, de oficio, abrir una investigación preliminar y posterior inicio de un procedimiento administrativo especial, bajo las normas para controlar las prácticas de *dumping*.

La intervención de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias, de oficio o a pedido de parte, tiene por finalidad restablecer las condiciones fundamentales de la libre y leal competencia en el comercio internacional, con lo cual se beneficiará el mercado en general y, en especial, se protegerá a los productores nacionales que son competidores del producto importado a precios *dumping*. Cabe indicar que los procedimientos especiales *antidumping* también pueden proteger a otros exportadores que comercializan

sus productos en el Perú y que también son afectados por las importaciones de bienes a precios *dumping*.

Si la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias sanciona la existencia de una infracción de las normas del libre y leal comercio internacional (Reglamento sobre Medidas Antidumping y Compensatorias, y el Acuerdo Relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT de 1994), durante la tramitación del procedimiento dicho órgano administrativo deberá contar con los medios probatorios que le permitan demostrar la vulneración de las reglas del libre y leal comercio internacional, es decir que deberá determinar la existencia de los siguientes elementos:

- Acción desleal y anticompetitiva (venta de bienes a precios *dumping* por parte del exportador).
- Daño o amenaza de daño a los productores nacionales.
- Relación de causalidad entre la acción desleal y anticompetitiva, y el daño o amenaza de daño.

El procedimiento *antidumping* tramitado ante la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias busca restablecer las condiciones en las que operaba el mercado antes de la distorsión o infracción al libre mercado y leal comercio internacional (es decir, que haya una competencia justa entre todos los agentes económicos).

Cabe indicar que durante el tiempo transcurrido desde que la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi recibe la denuncia y emite una decisión final en primera instancia, las distorsiones al libre mercado no sólo han alterado las reglas esenciales de la libre competencia; en paralelo, sus efectos reales, en primer lugar, han afectado los planes y labor comercial de los

competidores nacionales y extranjeros, ellos son las primeras víctimas del incumplimiento de los principios de la libre competencia y del accionar desleal en el comercio internacional. Tanto el exportador como el importador de productos comercializados a precios *dumping* aprovechan la distorsión generada y resultan victoriosos en el mercado, sabiendo que se han alterado las reglas de la libre y leal competencia.

La decisión de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias puede ser objeto de impugnación administrativa, a fin de que resuelva el caso la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.

La Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi resuelve el recurso de apelación, interpuesto contra la decisión de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias; la decisión de la segunda instancia puede confirmar, modificar o declarar nula la decisión de la primera instancia.

Una vez emitida la decisión de la referida Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi se agota la vía administrativa, con lo cual se puede ejecutar la decisión del Indecopi, incluso recurriendo a la ejecución forzada prevista por la Ley n.º 26979 y sus modificatorias, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva.

También es preciso señalar que bajo las reglas de la Ley n.º 27584 y sus modificatorias, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, existe la posibilidad de que una persona, ejerciendo su derecho a una acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política, podría interponer una demanda contra la decisión adoptada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, ello con la finalidad de que se ejerza el control por parte del Poder Judicial respecto de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo.

Hacemos la precisión del posible inicio de un proceso judicial contencioso administrativo, ya que al interior del referido proceso se podría dictar una medida cautelar que impidiese la ejecución de la decisión de última instancia del Indecopi, caso en el cual se suspenderían los efectos de la decisión, con lo cual los efectos dañinos de la práctica desleal y restrictiva del *dumping* seguirán dañando al mercado y a los productores nacionales (o también a los productores extranjeros que compiten en el mismo mercado).

En los casos de *dumping*, si no se aplica o acata la decisión del Indecopi de restablecer las condiciones para que funcione el libre mercado, los productores nacionales leales (que sí respetan las reglas) seguirán siendo afectados, perdiendo participación en el mercado, quebrando o despidiendo trabajadores. Nos preocupa el tiempo que el denunciante afectado por una práctica de *dumping* se toma hasta que presentar la denuncia, sumado al tiempo de lograr la intervención preliminar del Indecopi, sumado al tiempo en que la Comisión del Indecopi se tomará para tomar la decisión de sancionar al infractor que realiza el *dumping*; otro riesgo que incrementaría los daños sería el riesgo de que en se dicte una medida cautelar en un proceso judicial contencioso administrativo que impida que se acate lo resuelto por la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelaria del Indecopi.

### **3. LA VOLUNTAD DE DAÑAR DEL EXPORTADOR VINCULADO AL DUMPING Y LA INTERVENCIÓN DEL IMPORTADOR**

La acción desleal de los exportadores se lleva a cabo en el comercio internacional de mercancías (a diferencia del precio predatorio o *dumping* interno). La práctica es desleal ya que es el exportador quien decide la discriminación de precios entre los mercados de exportación y doméstico, sin tener una legítima justificación.

La decisión del exportador de realizar el *dumping* es un elemento que no es tomado en cuenta por las normas internacionales o nacionales

en materia de dumping, pero que sí es observado en un análisis económico. La acción de llevar a cabo el dumping es luego que el exportador ha evaluado su futuro accionar, sus consecuencias y la reacción de sus competidores.

Para cualquier empresa, en general, es importante decidir el precio de los productos, ya que dicho precio le permitirá gozar o no de la aceptación de los consumidores. La empresa fijará su precio de venta en una cantidad que le genere un margen de ganancia y el costo total promedio de producción más los gastos. En el caso del *dumping*, el accionar de la empresa exportadora es muy particular (por ejemplo, al tratarse de dos mercados nacionales distintos).

El exportador que realiza el *dumping* es quien decide, unilateralmente, fijar un precio de venta que no cubre los gastos ni los costos de producción ni mucho menos le otorga una ganancia; por el contrario (inicialmente), el precio *dumping* le ocasionará pérdidas. El precio de exportación, como ya señalamos, es fijado por debajo del costo, a fin de que la mercancía exportada ingrese al mercado del país importador en mejores condiciones (aunque no sean precios leales).

La fijación de precios por el exportador se da luego de hacerse una comparación entre su futuro precio final, los precios de los productores nacionales y los de los otros exportadores competidores. El análisis de sus futuros precios (y los precios de los competidores) es uno de los elementos tomados en cuenta por un empresario, entre otros elementos considerados (por ejemplo, calidad del producto, el servicio post venta, etc.).

Un elemento que tampoco es analizado por las normativas internacionales ni por las nacionales es el factor atributivo de responsabilidad de las acciones o decisiones del exportador en materia de *dumping*. Nos preguntamos qué factor se debe utilizar, el objetivo de

la actividad riesgosa o el factor subjetivo basado en el dolo (consciencia y voluntad) del exportador.

Para las normas *antidumping*, esta práctica representa la ejecución de una actividad desleal en el comercio internacional, actividad que en principio tiene todas las condiciones o potencialidades para provocar un daño en los competidores. La actividad es riesgosa, ya que el GATT y las normas nacionales han considerado al *dumping* como una práctica mercantil condenable, en la medida que genere un daño o incluso una amenaza de daño. La realización de esta práctica no es permitida, por lo que es ilegal salvo disposición en contrario (por ejemplo, en el caso de la regla *de minimis*).

El análisis del *dumping* se facilita con el empleo de un factor atributivo objetivo. Éste es el criterio que (implícitamente) ha sido tomado en cuenta por la normativa internacional del GATT de 1994 (al igual que el GATT de 1947 y los anteriores Códigos GATT *antidumping*), ya que toma en cuenta el precio de exportación, valor normal y margen de *dumping*, sin considerar la intensión del exportador.

No obstante que el criterio adoptado es el objetivo, ello no impide considerar que en la mentalidad del exportador puede existir el deseo de causar un daño a la producción nacional (intensión predatoria). En la mente del exportador está presente el deseo de ingresar al mercado del país del importador en condiciones artificiales al vender a un precio por debajo de sus costos totales promedio. El no considerar un elemento subjetivo es lo que ha facilitado la aplicación de las normas *antidumping*, ya que el análisis básicamente se centra en una comparación de precios.

Nosotros compartimos el criterio objetivo adoptado por la regulación internacional y las nacionales; ello se debe a la facilidad del análisis y dado que la investigación de *dumping* tomaría mucho de los elementos de la responsabilidad extracontractual con ciertas particularidades (por

ejemplo, el ente encargado de las investigaciones es un ente especializado ajeno al Poder Judicial). No obstante lo señalado, las investigaciones *antidumping* no tienen la lógica de los procesos de responsabilidad civil extracontractual, a pesar de estar basadas en los elementos de acción, relación de causalidad y daño.

Debemos tener en cuenta que quien ejecuta el *dumping* es una empresa o persona jurídica (aunque podría ser una persona natural comerciante, pero sólo a nivel teórico) privada, mixta o estatal. El agente activo puede realizar sólo exportaciones o también ventas internas en su propio mercado nacional o doméstico; de realizar sólo exportaciones la discriminación será entre dos o más mercados del exterior.

El exportador es el que discrimina los precios entre los distintos mercados en los que participa, decide a qué precio se deben vender las mercancías al exportarlas, aunque dicho precio no cubra los costos totales promedio.

La contraparte del exportador que interviene en la transacción internacional como sujeto pasivo o deudor es el importador. El importador puede ser una persona natural o jurídica, aunque normalmente se presentan casos de importadores con personería jurídica. Esta parte debe estar ubicada en un mercado nacional distinto al de su contraparte.

Es el importador el que posibilita la realización del *dumping*, es él quien nacionalizará en el mercado de destino los bienes que dañarán a la industria nacional y/o competidores extranjeros que también concurren en dicho mercado (otros exportadores que no venden a precios *dumping*, como en el caso del *dumping* a favor de un tercer país).

El importador puede o no conocer que el precio ofertado por el exportador (y sobre el cual se da el acuerdo comercial) es un precio inferior a lo que vendría a ser el valor normal (o precio leal). El importador no podría, *per se*, presumir la existencia del *dumping*, ya que partiría de la

buena fe comercial; sin embargo, no podemos negar en pleno siglo XXI que en algunos casos el importador pueda notar grandes diferencias entre distintos precios de varios exportadores, con lo cual el importador debería estar en condiciones de detectar que estaría facilitando la realización del *dumping*, más aún cuando las exportaciones provienen de países involucrados en investigaciones *antidumping*.

La normativa internacional y la nacional no consideran (expresamente) si el importador conoce o no que se está llevando a cabo una práctica desleal de comercio internacional como el *dumping*. Las normas sobre la materia no toman en cuenta si existe o no complicidad entre exportador e importador, sólo toman en cuenta la diferencia entre el precio de exportación y el valor normal en el curso de operaciones normales.

El importador será, al finalizar el procedimiento *antidumping*, quien tendrá que cumplir con el pago de los correspondientes derechos, haya conocido o no la existencia del *dumping*. El importador, además, deberá pagar mayores tributos por la nacionalización de las mercancías importadas y deberá recalculer sus precios de venta internos.

Aparte de lo señalado, debe considerarse que generalmente es el importador quien también se encarga de la comercialización de los bienes que ha importado, es decir que venderá internamente el bien «a precio *dumping*» luego de la nacionalización. Al comercializar internamente los bienes importados, contarán con una ventaja atribuible al precio *dumping*; venderá las mercancías a un precio muy competitivo ya que sus costos (que esencialmente se basan en el precio de importación) han sido bajos debido a la práctica *dumping* realizada por su proveedor (el exportador).

#### 4. LA IMPOSICIÓN DE DERECHOS *ANTIDUMPING* COMO DECISIÓN ADMINISTRATIVA FRENTE A LOS DAÑOS

En vista de las consecuencias negativas del *dumping*, la Organización Mundial del Comercio ha considerado esta práctica del comercio internacional como desleal, y es por ello que se ha aprobado una regulación internacional. La normativa adoptada por muchos países para hacer frente al *dumping* tiene como antecedente (y sustento) el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, que luego fue modificado por los Acuerdos de la Ronda de Uruguay (y el GATT de 1994).

La solución para este problema, adoptada por los códigos *antidumping* aprobados en el marco del GATT sumado a las normas nacionales de cada país, ha sido la imposición de medidas o derechos *antidumping* que buscan restablecer el valor normal de las mercancías exportadas y, de esta forma, contrarrestar los efectos negativos de los precios *dumping* (precios de discriminación internacional o precios por debajo del costo). La solución quizás no sea la más lógica, pero es la vigente desde hace varias décadas.

El pago de los derechos *antidumping* los realiza el importador y tendrá como efecto encarecer los precios de los productos importados como una forma de restablecer las condiciones de libre y leal competencia.

Los derechos *antidumping* representan un daño económico al importador, quien tendrá que evaluar las siguientes opciones:

- Dejar de importar los productos a precios *dumping*.
- Seguir importando y pagando los derechos *antidumping*.
- Reclamarle al exportador.

- Demandar al exportador y pedirle que asuma el pago de dichos derechos de manera solidaria.

Las cuatro opciones, o alguna otra que adopte el importador, mientras siga condenado al pago de los derechos *antidumping*, serán en pro de la competencia en el mercado nacional, en pro de los productores nacionales o los consumidores.

## 5. EL DAÑO ECONÓMICO CAUSADO A LOS PRODUCTORES NACIONALES

El ingreso de productos a precios *dumping* genera un daño (o amenaza de daño) a los competidores nacionales; ello provocará una reducción real (o potencial en el caso de la amenaza) del porcentaje de participación de los competidores locales (en especial, de los productores nacionales), reducción de sus niveles de venta, despido de trabajadores, etc.

El daño a la industria local, cuando es consecuencia del *dumping*, no busca ser reparado vía una indemnización otorgada al industrial nacional como resultado de un procedimiento *antidumping*; lo que se busca es una protección vía la imposición de los respectivos derechos. La protección se logra al hacer ingresar los bienes importados a un precio de exportación reconstruido, el mismo que equivale al valor normal (precio original de exportación más los derechos *antidumping*), de esa forma al exportador le resulta más onerosa la práctica desleal.

El agente económico que abusa de su posición de dominio y lleva a cabo prácticas restrictivas de la libre y leal competencia como los precios *dumping* tiene como primer objetivo afectar a sus competidores, nacionales o extranjeros, a quienes buscará sacar del mercado o afectarlos lo suficiente económicamente para que ya no representen una competencia.

Por efectos de los precios predatorios o la discriminación de precios, el mercado se altera en favor del competidor desleal y son los competidores leales quienes sufren las consecuencias negativas, ya que deben de reducir sus precios para seguir compitiendo. Esto en un primer momento es bueno para el mercado, pero recordemos que los precios *dumping* son estrategias artificiales que lo dañarán.

Las estrategias artificiales son desleales, originan que algunos de los competidores leales deban optar por cambiar sus planes de negocios. Por ejemplo, retrasarán la apertura de nuevas plantas o la contratación de nuevos trabajadores; en otros casos, los competidores leales optarán por asumir internamente pérdidas con la finalidad de reducir sus precios de venta para seguir compitiendo y hacerles frente a los competidores que realizan los precios desleales *dumping*.

Bajo cualquiera de los escenarios posibles para los competidores leales, ellos se verán afectados por los efectos negativos de los precios desleales *dumping*.

La quiebra de algunos competidores, las pérdidas internas que deben asumir, la reestructuración interna de la empresa competidora, o los cambios en los bienes o servicios que se ofertan son algunas de las posibles respuestas que un competidor leal puede realizar para hacer frente a las estrategias de precios *dumping*; pero en cualquiera de los casos hay un efecto o un costo económico que deben asumir, el cual, posteriormente, debería de ser reparado.

Hasta antes de que se aplique la decisión del Indecopi para restablecer las condiciones esenciales para que opere el libre mercado, los competidores leales sufren los efectos negativos de las acciones del competidor desleal; dichas acciones generarán un daño emergente y un lucro cesante, los cuales deberán ser indemnizados, ya que la decisión del Indecopi sólo tiene efectos jurídicos *ex post* y no *ex ante*.

Creemos que los daños emergentes y los lucros cesantes que hayan sufrido cada uno de los competidores, nacionales o extranjeros, deben ser objeto de una efectiva indemnización; lamentablemente, las normas de libre y leal competencia no consideran los supuestos de indemnización para los denunciantes y es por ello que los competidores afectados deben decidir la presentación de una demanda indemnizatoria. Creemos que no basta con restablecer las condiciones de libre y leal competencia, se debe ir más allá, considerando que Perú es un país con un mercado pequeño, sumado a los niveles de formalidad de las empresas, motivo por el cual los efectos dañinos de prácticas desleales de *dumping* son mucho más peligrosos.

## 6. EL DAÑO ECONÓMICO CAUSADO A LOS CONSUMIDORES

Los consumidores finales de bienes comercializados a precios *dumping* pueden estar ubicados en distintos mercados. Para el *dumping*, como ya hemos indicado, existe un mercado de origen (país del exportador) y un mercado de destino (país del importador). En ambos mercados existen dos grandes grupos de consumidores.

Cuando se realiza la práctica desleal del *dumping*, en primer lugar se afecta a los consumidores del mercado doméstico, ya que son ellos quienes pagan mayores precios por un mismo bien respecto al precio en el mercado de exportación. En segundo lugar, y de manera indirecta, se afecta a los consumidores del mercado de destino o país del importador ya que ellos son atraídos por una distorsión de precios, la cual generalmente es temporal.

La distorsión creada cesará cuando el exportador haya logrado una participación en dicho mercado y eleve sus precios no sólo a los valores normales, sino que incluso puede decidir considerables alzas a fin de recuperar las iniciales pérdidas que esta práctica le originó. El exportador, incluso, puede llevar a cabo actos de abuso de la posición

de dominio detentada tanto en el mercado de exportación como en el de destino (la misma que obtuvo luego de eliminar a la competencia).

El análisis antes realizado nos demuestra que el *dumping* no sólo afecta a un grupo de consumidores ubicados en el mercado de destino y a los industriales nacionales, también afecta a los consumidores del mercado de origen o mercado doméstico.

Por efectos de los precios *dumping*, los consumidores en un primer momento se benefician al pagar precios muy baratos por el bien; los precios *dumping* son muy atractivos para los consumidores y es por ello que optan por dejar de consumir los productos más caros de los competidores.

Si bien en un primer momento los consumidores se benefician de que un competidor realice o lleve a cabo prácticas desleales de *dumping*, una vez que los competidores sean eliminado o afectados, el agente económico negativo revertirá la situación elevando los precios, con la finalidad de recuperar sus pérdidas; al no haber competidores que le hagan frente, el mercado habrá sido alterado y entre los perjudicados también estarán los consumidores.

También consideramos que los consumidores, mediante las asociaciones de consumidores, deberían tener habilitado su derecho a interponer demandas de indemnización por daños derivados de prácticas desleales de *dumping*.

## **7. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL ARBITRAJE PARA LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO CAUSADO POR LAS PRÁCTICAS DEL *DUMPING***

Independientemente de los argumentos a favor o en contra, lo que se buscará con el arbitraje será abordar la problemática de la posible reparación de los daños económicos que un competidor leal, nacional

(productor nacional) o extranjero (un exportador leal), sufrió como consecuencia de la realización de prácticas desleales de precios de *dumping*.

Entre los argumentos a favor de nuestra propuesta tenemos los siguientes:

- La necesidad de un rápido proceso en el cual se pueda determinar si existe o no una responsabilidad extracontractual por los daños causados a los competidores leales.
- La necesidad de un proceso altamente especializado, dada la complejidad de la materia (el daño al mercado y el daño a los competidores).
- Favorecer una efectiva protección de los intereses económicos de los competidores leales.
- Evitar un proceso judicial largo y complicado dada la necesidad de analizar pruebas e información muy compleja que fue previamente analizada por la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi.

Los procedimientos seguidos ante la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi, por presuntas prácticas de *dumping* (que afectan el comercio internacional), toman su tiempo hasta que se emita una decisión final en primera instancia, a lo que debemos sumar el tiempo que el caso será evaluado por la Sala Especializada del Tribunal del Indecopi. Dicha demora permite que se acumulen daños emergentes y lucros cesantes respecto de los competidores nacionales o extranjeros.

Optamos por la figura del arbitraje ya que sería lo más recomendable para atender una demanda compleja que debe ser resuelta en muy corto

tiempo, evitando que la demora impida o demore la emisión de la sentencia de indemnización y el pago de la misma.

Creemos que tramitar una demanda de indemnización por daños y perjuicios en sede judicial sería muy complicado, y dada las etapas procesales y la pluralidad de instancias (sumado a la posibilidad de que se plantee un recurso de casación civil) harían muy complejo el atender la petición de un competidor leal que decide demandar la indemnización.

Los argumentos en contra de la propuesta de arbitraje para tramitar las pretensiones de indemnización por daño emergente y lucro cesante por parte de un competidor leal, nacional o extranjero, derivadas de la realización de prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios se sustentan en las siguientes razones:

- No bastaría con que la práctica del *dumping* haya sido sancionada en sede administrativa por parte de los órganos del Indecopi especializados en temas de *dumping*, ya que se podría iniciar un proceso contencioso administrativo en sede judicial.
- Sí es posible el inicio de un proceso contencioso administrativo en sede judicial, ello fortalece la idea de un proceso judicial (y no arbitral) para tramitar la pretensión de indemnización por daños y perjuicios civiles.
- Los competidores leales podrían sentirse satisfechos con los resultados de la aplicación de las decisiones de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias o de la Sala Especializada del Tribunal del Indecopi.
- Los competidores leales que quebraron, o están en situación de liquidación o restructuración empresarial como consecuencia del daño ocasionado por el *dumping*, ya no estarían en condiciones de plantear una costosa demanda arbitral de indemnización por daños y perjuicios.

Si bien son interesantes los argumentos en contra del arbitraje, consideramos que el arbitraje puede atender las pretensiones de derecho público (por ejemplo, arbitraje en las contrataciones estatales), como también a pretensiones económicas de derecho privado.

En el presente caso, las pretensiones de indemnización por daño emergente y lucro cesante por parte de un competidor leal, nacional o extranjero, derivadas de la realización de prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precios serían pretensiones de derecho privado (la afectación a sus actividades económicas y comerciales) vinculadas con un tema de derecho público (vinculadas con la protección del mercado y del interés público asociado a la libre competencia).

Optamos por el arbitraje, con la salvedad que será decisión de cada competidor leal, nacional o extranjero, sumado a las asociaciones de consumidores, si interpone o no demandas arbitrales. Lo que nosotros hemos planteado es que exista la habilitación legal para disponer la obligatoriedad del arbitraje en los casos de pretensiones de indemnización por daño emergente y lucro cesante derivadas de la realización de prácticas de precios predatorios o de discriminaciones de precio.

## **8. MATERIALIZACIÓN DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA DE ARBITRAJE**

A fin de viabilizar la posibilidad de que en materia de casos *dumping* se discutan las pretensiones de indemnización por daño emergente y lucro cesante por parte de un competidor leal —nacional o extranjero— afectado por los efectos negativos en el mercado como consecuencia de la realización de prácticas desleales *dumping*, optamos por que legislativamente se habilite la realización de procesos arbitrales.

Nuestra propuesta es muy simple, supone modificaciones legales para que se habilite la posibilidad legal de iniciar un proceso de demanda en sede arbitral. Se deben modificar las siguientes normas:

- Ley que Norma el Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, disponiendo expresamente el arbitraje para la tramitación de pretensiones de indemnización por daños y perjuicios derivados de prácticas desleales de *dumping*.
- Modificar el Decreto Supremo n.º 006-2003-PCM y sus modificatorias, a fin de vincularlo con el Decreto Legislativo n.º 1071 en lo referente al arbitraje para pretensiones de indemnización por daños y perjuicios derivados de prácticas desleales de *dumping*.

Las referidas normas deberían ser modificadas a fin de que dispongan lo siguiente:

- Todo competidor afectado por prácticas desleales *dumping* está legitimado para iniciar un proceso arbitral de indemnización por daños y perjuicios.
- Las asociaciones de consumidores y/o usuarios reconocidas por el Indecopi están legitimadas para iniciar un proceso arbitral de indemnización por daños y perjuicios contra el competidor desleal causante de prácticas desleales de *dumping*.
- El competidor sancionado por el Indecopi por infracción de las normas que sancionan el comercio internacional de bienes a precios *dumping* está obligado a someterse a la justicia arbitral ante el inicio de demandas arbitrales por parte de competidores afectados por dichas prácticas o por asociaciones de consumidores y/o usuarios reconocidas por el Indecopi.

Las modificaciones legales, para viabilizar la debida tramitación de las demandas de indemnización por daños y perjuicios, derivadas de prácticas desleales *dumping* también deberían considerar lo siguiente:

- Conformación del tribunal arbitral, el cual estaría compuesto por profesionales del derecho especializados en comercio internacional, libre competencia y, especialmente, en temas de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio. Optamos por un cuerpo colegiado de árbitros, es decir, un tribunal.
- También se debería disponer que el tribunal arbitral cuente con el apoyo de peritajes de oficio preparados por economistas o ingenieros industriales, dada la especialización y complejidad de los efectos negativos sobre el mercado derivados de las prácticas desleales *dumping*.
- Disponer que el inicio de las demandas arbitrales es independiente de la existencia de un proceso judicial contencioso administrativo seguido en contra de las decisiones de las instancias del Indecopi en materia de represión de las prácticas desleales *dumping*.
- Disponer un plazo máximo para el inicio de la demanda arbitral, ello con la finalidad de dar seguridad jurídica.
- Establecer que se debe tratar de un arbitraje institucional.
- Se debe tramitar ante un centro de arbitraje ubicado en la ciudad de Lima.
- Disponer que el proceso ante el tribunal arbitral, para garantizar celeridad, seguridad jurídica y la eficiencia en la protección de los derechos, dure como máximo un año desde la fecha de inicio del proceso.
- Disponer que cabe la celebración de acuerdos en actas de conciliación para sólo recurrir al arbitraje en los casos de falta de acuerdo.

- Disponer que la decisión del laudo emitido por el tribunal arbitral no se vea afectado por las futuras decisiones de un eventual fallo judicial emitido en un proceso contencioso administrativo en donde se cuestione la decisión del Indecopi respecto de la sanción administrativa de las prácticas desleales de *dumping*.
- Establecer que el importador tiene el derecho de demandar una indemnización contractual al exportador por los efectos económicos negativos que le ocasione la decisión del laudo emitido por el tribunal arbitral. Dicha demanda sería en el marco del arbitraje internacional por la existencia de un contrato de compraventa internacional de bienes.



# LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DE VELO SOCIETARIO, SU VINCULACIÓN CON LA PARTE NO SIGNATARIA Y LA BUENA FE EN EL ARBITRAJE COMERCIAL

*Roger Vidal Ramos\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Nociones generales de la teoría del levantamiento de velo societario.— 3. La parte no signataria en la ley arbitral.— 4. Levantamiento de velo en los arbitrajes comerciales.— 5. Buena fe contractual.— 6. Prohibición del abuso del derecho y del fraude.— 7. Obligaciones solidarias.— 8. Grupo de empresas.— 9. Doctrina del levantamiento del velo societario.— 10. Conclusiones. 11. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

Hace buen tiempo, en fueros judiciales y arbitrales, en relación con el grupo de empresas se viene desarrollando la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario en forma conjunta con el ingreso de la parte no signataria, criterio que ha generado amplios debates respecto a

---

\* Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Magíster en Derecho Civil y Comercial y doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y cursando posdoctorado en la Universidad Católica de Paraná (Brasil). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor San Marcos, de la Universidad de San Martín de Porres, de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco y de la Universidad de Huánuco. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y del Instituto Brasileño de Derecho Contractual. Fundador de Estudio Vidal Abogados y árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales.

posibilidad de la integración excepcional (*por levantamiento de velo*) del no signatario del convenio arbitral, tema que resulta esencial ante una interpretación de las siguientes interrogantes: ¿existe o no consentimiento? o ¿bajo qué sustento se extiende el convenio arbitral al no signatario? Preguntas y respuestas no sencillas y que deberán de ser interpretadas en la condición de abogados, partes y árbitros a fin de asumir una posición definida en el *iter* del contrato y del proceso arbitral.

Otro aspecto esencial en la interpretación de la teoría del levantamiento de velo societario y el ingreso de la parte no signataria se encuentra en la obligatoria interpretación del principio de la buena fe y su relación con la confianza (en la negociación, celebración y ejecución de los negocios o contratos), generada bajo la expectativa y apariencia de que se estaría contratando con el respaldo del «grupo empresarial» o la «empresa principal». Ya sabemos que en algunas oportunidades no se culmina con el cumplimiento de las prestaciones dinerarias comprometidas y sucede algo escandaloso, la contraparte contractual actúa con rechazo, dilatando o huyendo del pago de la deuda, siendo pertinente extender el velo societario porque ¿alguien deberá pagar la cuenta?, bajo probanza y certeza contundente.

En las próximas líneas analizaremos la figura del levantamiento del velo societario, buena fe, obligaciones solidarias, parte no signataria y presentaremos conclusiones, conforme a los aportes doctrinarios y la práctica del arbitraje comercial peruano.

## **2. NOCIONES GENERALES DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DE VELO SOCIETARIO**

El Código Civil peruano y la Ley General de Sociedades mantienen el criterio unificado respecto a que las personas naturales que conforman una persona jurídica, con fines o sin fines de lucro, mantienen responsabilidades separadas o ajenas correspondientes de la persona jurídica,

como regla general, siendo ésta una pauta que no merece mayor discusión en la comunidad jurídica peruana.

La sociedad es, pues, una persona distinta y separada de los accionistas, inclusive cuando se trata de un único accionista. En este sentido, sobre la base de la responsabilidad limitada de las personas jurídicas, los accionistas responden por las deudas de su empresa hasta el valor de su inversión, no siendo responsables por dichas deudas con su patrimonio personal.<sup>1 2</sup>

Al respecto, Sztajn afirma que

La persona jurídica es distinta a sus socios, y titular de derechos y obligaciones respecto de un patrimonio autónomo, el cual no se puede confundir con el de los miembros. La persona jurídica puede contratar, estar en juicio y su existencia se conoce por la publicidad del registro, con lo cual se otorga mayor garantía a los intereses de terceros que establecen relaciones comerciales con dichas organizaciones.<sup>3</sup>

Este mecanismo de responsabilidad limitada del que gozan las personas jurídicas constituye un incentivo para que los accionistas inviertan, facilitando el desarrollo de las actividades de las empresas en el mercado. Sin duda, hoy en día resultaría difícil, por no decir imposible, por las consecuencias que ello implica, imaginarnos una sociedad sin responsabilidad limitada.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> CHANG YONG, Cristina. «La responsabilidad de los accionistas por deudas tributarias: el levantamiento del velo societario en el derecho tributario». En *IX Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2006, p. 9 y ss. Recuperado de <http://www.kscounts.org/ca10/cases/1998/08/96-3166.html>

<sup>2</sup> De acuerdo al artículo 78 del Código Civil peruano «la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas».

<sup>3</sup> SZTAJN, Rachel. «Sobre a desconsideração da personalidade jurídica». En *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, octubre 2010, vol. 3, pp. 1357-1365) (A pessoa jurídica é distinta de seus sócios, é titular de direitos e obrigações, tem patrimônio próprio, que não se confunde com o dos membros, pode contratar, estar em juízo, e é de todos conhecida sua existência pela publicidade que decorre do registro, com o que se dá maior garantia a interesses de terceiros que com tais organizações estabeleçam relações negociais).

<sup>4</sup> CHANG YONG, Cristina. *Op. cit.*, p. 71.

Ahora bien, como señala Chang Yong, esta responsabilidad limitada, que ha permitido el pleno desarrollo de las empresas en el mercado, es justamente lo que ha dado lugar a una serie de situaciones en las cuales se ha cuestionado si la valla entre el patrimonio de las empresas y de los accionistas deberá siempre ser respetada.<sup>5</sup>

En efecto, la multiplicación de situaciones de fraude y el sentido de justicia hicieron que se apreciase la necesidad de encontrar una herramienta que permitiera operar sobre el tema del abuso o del fraude cometido mediante la utilización de la personalidad jurídica de las empresas, produciéndose, como consecuencia, una importante reacción a nivel doctrinal y jurisprudencial.<sup>6</sup>

Sztajn explica que fue en Inglaterra, en el año 1897, que por primera vez se planteó la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario. Hagamos una breve reseña del famoso caso Salomón vs. Salomón & Co. Ltd. Salomón era un comerciante de cuero que conformó una sociedad anónima con sus esposa e hijos. En fecha posterior, Salomón transfirió su negocio a la sociedad (acciones y clientes) y, posteriormente, otorgó un préstamo a la empresa, obteniendo una garantía. La sociedad se volvió insolvente, en ese momento Salomón ejerció sus derechos de obligaciones contra la empresa, con lo que los demás acreedores dejaron de pagar. Finalmente, el juez interpretó que la sociedad estaba confundida con Salomón y que su crédito no debía ser privilegiado. La sentencia fue reformada por la Cámara de Lores bajo el argumento de que las formalidades legales para la constitución de la sociedad se habían cumplido y que Salomón y la empresa eran personas absolutamente distintas. Si bien el juez de primera instancia y el Tribunal de Apelación aplicaron la doctrina del levantamiento del velo societario, paradójicamente, la Cámara de los Lores revocó por unanimidad los fallos, sosteniendo que Salomón no era responsable ni ante la sociedad ni

---

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> LÓPEZ, Marcelo y José CESANO. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades*. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 102.

ante los acreedores, ratificando de esta manera el hermetismo de la persona jurídica.

«Serían las cortes de los Estados Unidos de América las que, sobre la base de la equidad»,<sup>7</sup> desarrollaron y aplicaron la denominada doctrina del *disregard of the legal entity* o *piercing the corporate veil*.<sup>8</sup> Luego, mediante la famosa obra *Rechtform und Realität Juristischer Personen* de Serick, se divulgó dicha doctrina en Europa, para más tarde llegar a Latinoamérica, siendo recogida jurisprudencialmente y luego, en algunos países, positivizada.<sup>9</sup>

Sin embargo, tal como refiere Schall,<sup>10</sup> de retorno al caso Salomón se desarrolló la teoría de la perforación de los criterios de: a) agencia; b) unidad económica exclusiva; y, c) perforación del velo bajo presencia de fraude.

---

<sup>7</sup> La equidad consiste en complementar el régimen de derecho introduciendo en él matices de elasticidad que lo hagan sensible a la cambiante realidad a la que debe ser aplicado. En palabras de Boldó Roda: «la equidad ayuda al interprete a superar las dudas, decidiéndose por la solución más adecuada a las circunstancias del caso [...] se convierte en un criterio general de carácter moral en la aplicación del derecho». BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento de velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Pamplona: Aranzadi, 1997, segunda edición, p. 239.

<sup>8</sup> En la jurisprudencia de dicho país, la doctrina del levantamiento del velo societario ha sido aplicada en innumerables ocasiones, siendo que hoy en día, inclusive, se ha desarrollado lo que se denomina la *reverse veil-piercing theory* (teoría del levantamiento del velo revertido). En efecto, en un caso en el cual el Internal Revenue Service (IRS) había demandado que las deudas tributarias de Thomas Bridges sean pagadas por las empresas respecto de las cuales éste era accionista por considerar que dichas empresas eran el *alter ego* (instrumento o agente) de Bridges. El Décimo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América estableció que en este caso se presenta el fenómeno que se denomina *reverse veil-piercing theory*, por cuanto el IRS busca levantar el velo de una de las empresas de Bridges y usar los activos de dicha empresa para satisfacer las obligaciones individuales del accionista. No obstante, la Corte desestimó la solicitud del IRS, señalando que si bien en la práctica de la tributación federal se ha aplicado esta teoría en diversos supuestos, no puede aplicarse cuando terceros se vean perjudicados. Véase CHANG YONG, Cristina. *Op. cit.*

<sup>9</sup> CHANG YONG, Cristina. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>10</sup> SCHALL, Alexander. «The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK». En *European Company and Financial Law Review*, 2016, n.º 4, vol. 13.

Respecto a la teoría de la «agencia», según Hunter y García se entiende «cuando se incluye a cualquier relación por la cual una persona actúa como representante de otra».<sup>11</sup>

Existe relación de agencia cuando entre uno de los signatarios y los no signatarios existe una relación de representación —inclusive mandato sin representación—, de la cual se puede inferir que la participación de los signatarios vincula activamente a los no signatarios dentro del negocio, convirtiéndolos en los verdaderos titulares de los intereses que conforman el centro de la relación económico-jurídica subyacente al negocio jurídico.<sup>12</sup>

Es muy usual la representación comercial que realizan entre empresas nacionales y extranjeras a fin de iniciar negociaciones, concluir las y ejecutarlas respecto a negocios e inversiones bajo la confianza que la persona natural o la compañía, mediante la representación «agencia» personifica la voluntad y los intereses de su vinculado o beneficiario.

Sin embargo, las acciones judiciales o arbitrales, ante el impago de la obligación dineraria generada por el deudor, en reiteradas oportunidades se encuentran vinculadas a un ejercicio grosero de prácticas ligadas con el engaño, fraude, abuso, perjuicio, falsedad y aprovechamiento, figuras rechazadas por dos principios del derecho civil peruano como la prohibición del ejercicio abusivo del derecho y la vigencia de la buena fe contractual; sin embargo, en el ejercicio del derecho societario o corporativo, la figura del levantamiento del velo societario ya mantiene una importante permanencia.

---

<sup>11</sup> HUNTER, Martín; PINEDA, Jessica y Javier GARCÍA. «La incorporación de partes no signatarias y el carácter consensual del arbitraje: ¿cuál es la posición adoptada por las instituciones arbitrales?». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (director). *Anuario latinoamericano de arbitraje. Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2014, pp. 215-229.

<sup>12</sup> GARCÍA LARRIVA, Hugo. «Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica». En *Luris Dictio*, 2013, n.º 15, vol. 13. Recuperado de <<https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.721>>, p. 159 y ss.

En sede peruana, la doctrina de levantamiento de velo societario no mantiene una regulación expresa en la legislación, como sucede en Brasil<sup>13</sup> (abuso de derecho, infracción de la ley, violación de estatutos); sin embargo, en la judicatura laboral sí se aplica ante el planteamiento de la pretensión del levantamiento del velo a fin de reconocer y proteger los derechos laborales. Así, ante la presencia de una conducta fraudulenta con finalidad de perjudicar a los trabajadores y sus derechos económicos se permite extender el velo y con ello la responsabilidad solidaria a las otras empresas del grupo empresarial, con el sustento legal de permitir el reconocimiento de los derechos y con ello el pago de los adeudos laborales.<sup>14</sup>

### 3. LA PARTE NO SIGNATARIA EN LA LEY ARBITRAL

El convenio arbitral se encuentra regulado en el Perú por los alcances de los artículos 13 y 14 de Decreto Legislativo n.º 1071, que a nuestro criterio están agrupados en dos clasificaciones: a) convenios arbitrales expresos; y, b) convenios arbitrales tácitos,<sup>15</sup> conforme a la regulación expresa, se presenta el pacto arbitral en el siguiente orden:

#### Artículo 13.- «Contenido y forma del convenio arbitral

El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan

---

<sup>13</sup> «A Lei 12.529/2011 (“Lei Antitruste”) também prevê a desconsideração em seu art. 34, O incidente de desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas no novo CPC Página 3 ao dispor que “a personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”. Há ainda a Lei 12.846/2013 (“Lei Anticorrupção”), que, em seu art. 14, estabelece que “a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta [...]”». Véase JUNIOR, Jesualdo Eduardo DE ALMEIDA. «O incidente de desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas no novo CPC». En *Revista dos Tribunais*, diciembre 2016, vol. 974, año 105.

<sup>14</sup> JUNIOR, Jesualdo Eduardo DE ALMEIDA. *Op. cit.*, p. 230.

<sup>15</sup> VIDAL RAMOS, Roger. «La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización». En *Actualidad Civil*, 2018, n.º 54, p. 338.

surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

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.

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.*

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.

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.

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.

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».

El convenio arbitral genera indefectiblemente que los contratantes acepten obligaciones de índole contractual (pago de honorarios a los

árbitros, reglas de confidencialidad), las que implican el acatamiento de obligaciones de dar, hacer y no hacer que se generan entre los árbitros, el secretario, las partes y terceros (órganos de apoyo y ajenos a la controversia), las cuales son de índole económico y procesal.

Si el pilar fundamental del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes que se manifiesta principalmente en el convenio arbitral, entonces es lógico sostener que el primer y fundamental elemento es, precisamente, la prestación del consentimiento. Constituye un requisito *sine qua non*, como en todo contrato, que las partes se individualicen de manera completa con el objeto que el contrato despliegue todos sus efectos entre ellas, del mismo modo como lo hará la sentencia dictada por el árbitro.<sup>16</sup>

En este contexto Mario Castillo Freyre, Verónica Rosas y Massiel Silva-Santisteban acotan lo siguiente:

En el esquema planteado por la Ley de Arbitraje, toda persona que haya suscrito ese convenio arbitral que puede calificarse como escrito en los términos regulados en el artículo 13, es calificada como parte signataria del mismo y, por ende, se encuentra vinculada a él. Ello, en la medida en que, conforme a lo regulado en la citada norma, no cabe duda de que ha declarado su voluntad de someterse a dicho acuerdo.<sup>17</sup>

El artículo 13 de la ley arbitral peruana en el inciso 1 parte del supuesto de que el convenio arbitral agrupa las diferentes controversias y que se encuentra ligado a una relación jurídica contractual de otra naturaleza; el inciso 2 expresa la necesidad de la forma *ad solemnitatem* (por escrito) y bajo una aplicación sistematizada, conforme al inciso 3,

---

<sup>16</sup> VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Contratación y arbitraje internacional*. Bogotá: Ibáñez, 2017, p. 143.

<sup>17</sup> CASTILLO FREYRE, Mario; ROSAS, Verónica y Massiel SILVA-SANTISTEBAN. «Los derechos procesales del tercero del art. 14 de la Ley de Arbitraje». En *Libro de ponencias del XV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2020. Recuperado de <<https://bit.ly/2SQpIJf>>.

el convenio arbitral se extiende a otras formas y conforme a la ejecución de ciertas conductas.<sup>18</sup>

Acorde con la modernidad y la era virtual-tecnológica, el inciso 4 regula los convenios arbitrales electrónicos en sus más diversas modalidades (mensajes de datos), lo cual no pierde el carácter de formal, dejando tal vez la firma digital o electrónica, según la regulación especial de la ley, que certifique y garantice la autenticidad y legalidad de la voluntad arbitral.

El inciso 5 establece que los escritos del litigio arbitral y sin negativa implicarán la aceptación a la justicia arbitral y el inciso 6 establece que se podrá extender el convenio arbitral a otro contrato, siempre que exista un pacto arbitral.

Los convenios arbitrales tácitos se encuentran regulados en el inciso 3<sup>19</sup> del artículo 13 de la ley arbitral peruana, inspirado en el modelo Uncitral bajo la libertad de regulación y flexibilidad, supuesto que en buena cuenta efectúa una regulación *ad probationem*, la misma que podría ser interpretada como que no se cumplan formalidades y que los acuerdos arbitrales puedan ser tácitos o carezcan de formalidades impuestas por las partes, lo cual perfectamente podría incurrir en una clara distorsión fraudulenta de los convenios arbitrales *ad probationem*. Como las prácticas al estilo de la Mafia Orellana, en las cuales pseudoárbitros iniciaban procesos arbitrales sin la preexistencia del convenio arbitral bajo una interpretación tácita de la existencia del convenio arbitral.

Existen situaciones, sin embargo, en que, habiendo un convenio arbitral que ya vincula —al menos— dos partes en aplicación de lo establecido en el referido artículo 13, hay una tercera parte que, no

---

<sup>18</sup> VIDAL RAMOS, Roger. *Op. cit.*, pp. 350 y 351.

<sup>19</sup> «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».

habiendo suscrito ese convenio, sí habría dado su consentimiento para someterse a él. Esas situaciones son las previstas en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, cuyo texto es el siguiente:<sup>20</sup>

Artículo 14.- «Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral 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. Se extiende también a quienes pretenden derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos».

El propósito de la norma transcrita ha sido favorecer la inclusión de más personas o más partes en el proceso arbitral. Con esa finalidad, el artículo 14 no hace otra cosa que establecer que ese convenio arbitral, que ha sido acordado en aplicación del artículo 13, no sólo vincula a aquellos sujetos que, en efecto, lo han suscrito y que pueden ser identificados con facilidad (partes signatarias), sino que vincula a un sujeto distinto a ellos (parte no signataria) que, aunque de un modo distinto al de aquellos, también ha declarado su voluntad de someterse a dicho convenio.<sup>21</sup>

El profesor Alfredo Bullard, bajo el título «¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana»,<sup>22</sup> que forma parte de un trabajo muy reconocido en la doctrina nacional y extranjera, brinda algunas pautas bajo los siguientes aspectos didácticos:

---

<sup>20</sup> CASTILLO FREYRE, Mario; ROSAS, Verónica y Massiel SILVA-SANTISTEBAN. *Op. cit.*

<sup>21</sup> *Ibidem.*

<sup>22</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana». En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje. Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje*, septiembre 2012, n.º 2, año 2, pp. 21 y 22.

- i. Si uno visualizara un arbitraje como una fiesta, sólo deben asistir a ella las personas que han sido invitadas y sólo en cuanto éstas deseen asistir. No es legítimo colarse a la fiesta sin invitación y tampoco es legítimo ser forzado a ir a una fiesta a la que uno no aceptó ir.
- ii. Pero lo cierto es que la tarjeta de invitación a esa fiesta es conocida como «convenio arbitral». Y el convenio arbitral es, simple y llanamente, un contrato. El carácter contractual del arbitraje es entonces la llave para quien entra y el candado que le cierra la puerta a quien se queda afuera de la fiesta.

Nótese que con ello, la Ley General de Arbitraje está estableciendo algunos principios de formación de consentimiento diferentes a los recogidos en las reglas contractuales ordinarias. Puede derivar el consentimiento sin que haya, en estricto, una oferta y una aceptación en términos convencionalmente aceptados para los contratos. Está autorizando, con el uso del principio de buena fe, que, por medios de conductas u omisiones, pueda inferirse un consentimiento, incluso en supuestos en que dicha conducta no tenga carácter recepticio, es decir, no se haya formulado para ser dirigida a las otras partes del convenio arbitral. En esa línea, el artículo 14 debe ser entendido como una regulación que describe formas distintas a las del Código Civil o las normas de contratos ordinarias de formar un consentimiento.<sup>23</sup>

Discrepamos, con el profesor Bullard y con la regulación vigente, respecto al criterio peligroso del consentimiento tácito establecido por el artículo 13 de la Ley de Arbitraje, pues se genera una externalidad negativa de los convenios arbitrales tácitos, que estaría determinada por los arbitrajes fraudulentos, bajo la imposición de una interpretación de existencia tácita del acuerdo arbitral y/o aplicación extensiva del pacto del artículo 14 (contratantes que literalmente no suscribieron ese

---

<sup>23</sup> *Idem*, p. 28.

acuerdo), así se generan incentivos que podemos apreciar desde una doble óptica: incentivos perversos en perjuicio de los perjudicados (contratantes, el Estado y sociedad); e incentivos económicos para algunos malos operadores (contratantes, abogados, árbitros, e incluso peritos), para imponer la justicia arbitral sin la preexistencia del convenio, conducta ilegal que genera externalidades negativas y, a su vez, genera pérdida de confianza en el arbitraje y sus implicancias con conductas no éticas y hasta corruptas.<sup>24</sup>

Pues resulta que bajo el elemento de consentimiento voluntario lícito según la extensión del artículo 13 de la ley arbitral peruana, únicamente se puede vincular a todas las partes signatarias o firmantes del pacto arbitral, sin embargo, el artículo 14 permite la integración excepcional del no signatario del convenio arbitral, tema que resulta esencial ante una interpretación. ¿Existe o no consentimiento? o ¿bajo qué sustento se extiende el convenio arbitral al no signatario? Preguntas y respuestas no sencillas que deberán de ser interpretadas en la condición de abogados, partes y árbitros a fin de asumir una posición definida en el *inter* del proceso arbitral.

Al respecto es pertinente la reflexión de la profesora María Fernanda Vásquez:

Esta situación entronca normalmente con la prestación de consentimiento, toda vez que puede ocurrir que la voluntad de las partes no se presente en términos claros o explícitos, sino de una manera tácita y/o se desprenda de otros actos que deberá valorar e interpretar el árbitro, según sea el caso. Ello implica aceptar que tal consentimiento podrá desprenderse como válido, incluso cuando el convenio no es aceptado individualmente, sino como parte de un conjunto más amplio de cláusulas o condiciones, por lo que en dichos casos tales personas podrán entenderse igualmente vinculadas al convenio arbitral en calidad de partes.

---

<sup>24</sup> VIDAL RAMOS, Roger. *La regulación del convenio arbitral y su implicancia en la institucionalidad del arbitraje comercial en el Perú*. Tesis para optar el grado de doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: 2020, p. 221.

Sostener algo distinto y pretender usar el artículo 14 de la Ley de Arbitraje como una fórmula elástica que pueda ser estirada para forzar la jurisdicción arbitral en sujetos que ni han suscrito el convenio arbitral en los términos expresados en el artículo 13, ni han dado su consentimiento (expreso o tácito) para someterse a él sería absolutamente injusto, toda vez que resultaría contraproducente para los principios de la administración de justicia en general y del arbitraje en particular.<sup>25</sup>

La extensión del convenio arbitral al grupo de empresas mantiene la naturaleza jurídica del artículo 14 de la ley arbitral peruana, pues la norma en forma expresa determina el comportamiento de la persona jurídica respecto a las diferentes etapas del contrato, lo cual también genera una interpretación integral del comportamiento ejercido por las empresas vinculas que participan de la ejecución y beneficio de las relaciones contractuales, aun considerando que no existe «un papel donde conste el convenio», pero por el comportamiento uniforme, no contradictorio y bajo un hilo extenso se determina la presencia de la empresa dominante en el esquema contractual.

La sola pertinencia a un grupo de sociedades no implica de suyo la vinculación a la cláusula arbitral. No obstante, si de las pruebas obrantes en el proceso, que valorarán los árbitros a la hora de evaluar su propia competencia, ha existido una aceptación tácita del arbitraje por parte de alguna o varias sociedades del grupo que intervinieron en la relación jurídica, deducida de actos inequívocos que permitan inferir a los árbitros extender los efectos del acuerdo de arbitraje, debe permitirse y ordenarse su vinculación. Así se ha dispuesto en los laudos CCI 4792, 5721 y 5730.<sup>26</sup>

Obviamente, la presencia del argumento e interpretación de la teoría de los actos propios guarda una presencia estelar en el litigio arbitral, desde la defensa y el análisis del laudo por los árbitros, los cuales deben

---

<sup>25</sup> VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Op. cit.*, p. 177.

<sup>26</sup> BRITO NIETO, María. *El acuerdo de arbitraje: los sujetos no signatarios en los contratos coligados*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2019, pp. 119-120.

de estar ceñidos a una alta probanza de comportamientos y directivas de la ejecución de actos contractuales que hayan implicado una modificación o culminación de alguna etapa del contrato o su culminación.

Sólo a manera de referencia brindaremos nociones de la conexión entre la teoría del *estoppel* y los actos propios, reseñadas de forma muy didáctica.<sup>27</sup>

Ahora bien, como regla jurisprudencial, las fronteras del *estoppel* han sido delineadas por las cortes angloamericanas, las cuales no sólo han reconocido su importante repercusión en la práctica del derecho nacional e internacional —así como en el arbitraje internacional—, sino que, por lo demás, la han caracterizado con los siguientes rasgos: en primer lugar, el *estoppel* se ha catalogado como parte del derecho probatorio, pues en virtud del *estoppel* «[...] una persona que ha establecido de alguna manera la verdad sobre algo, está vinculada, consciente o inconscientemente a seguir en el proceso unas determinadas reglas de prueba [...]».

Sin embargo, autores como Geoffrey Gibson afirman que si bien originalmente se consideraba parte del derecho probatorio ahora hace parte del derecho sustantivo.

De otra parte, se trata de una institución que, como se anticipó, resguarda la confianza originada en la apariencia jurídica creada por las partes en el proceso, a la par que tutela su coherencia comportamental. Lo anterior refleja la cercanía ideológica entre el *estoppel* y la doctrina de los actos propios, con la cual comparte importantes pilares —a pesar de las distinciones entre una y otra—.

---

<sup>27</sup> BERNAL-FANDIÑO, Mariana y Sergio ROJAS-QUINONES. «La vinculatoriedad de un laudo arbitral frente a terceros en la doctrina del *collateral estoppels*. En *Bogota International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010, n.º 16, vol. 8, pp.460-461.

A juicio de algunos, el *estoppel* es también una sanción frente a las conductas contradictorias, comoquiera que, sin tener en cuenta su precisión o claridad, les niega toda acogida procesal, precisamente por resultar antiéticas frente a la conducta inicial.

En cuarto lugar, la eficacia de la invocación del *estoppel* se da en sede puramente procesal. Por ello se ha dicho, con acierto, que el *estoppel* es una regla para asegurar el *fair play* en el marco del procedimiento judicial y arbitral.

En fin, como regla procesal, el *estoppel* tiene un carácter defensivo: lo pueden usar tanto el demandado, como el demandante —reciprocidad del *estoppel*— no como motivo o causa para la impulsión de un litigio, sino como mecanismo de defensa o protección frente a dicho litigio.

Se asemeja así a la figura de la *replicatio* romana y conduce a que, para su aplicación, se requiera petición de parte, por lo que el juez no la puede declarar de oficio.

Bajo la reseña otorgada por Bernal y Rojas, compartimos el criterio respecto a la aplicación del *estoppel* o actos propios en fase de litigio arbitral, con lo cual habría que analizar si una de las partes signatarias mantiene notificación (física o electrónica) de las actuaciones arbitrales y participa en forma pasiva, mantendrían un interés legítimo en el arbitraje y podría ser cuestionable que bajo consentimiento procesal en diversas etapas, cuestione su incorporación al arbitraje bajo la defensa de no haber suscrito el pacto arbitral.

De retorno al criterio contractual del *estoppel* y actos propios, sostenemos que ambas figuras mantienen la finalidad de proteger la confianza y vincular el comportamiento de las partes en forma coherente en la etapa contractual y en la etapa de litigio arbitral.

De esta forma, el juzgador debe realizar un examen de coherencia de los actos realizados por las partes de manera que no se defraude la confianza razonablemente generada en una parte contractual, teniendo en cuenta el grado de diligencia que cada una estaba llamada a emplear, ya que de esta forma se podrá evaluar si pudo haber generado una confianza razonable. Es decir, el no signatario, de no querer verse vinculado por el acuerdo de arbitraje, debió explicitarlo y no generarse confianza en la otra parte en cuestión.<sup>28</sup>

En este sentido la doctrina de los actos propios pregona que la pretensión contraria a los actos, al ser objetivamente contradictoria con respecto a la conducta desplegada por un sujeto, debe considerarse contraria a derecho. Por ello, no solamente se encuentran vinculados por el contrato de arbitraje quienes formalmente lo han suscrito, sino todos aquellos que hayan inducido razonablemente a la otra parte a creer que quedarían obligados por el contrato en el cual la cláusula se encuentra inserta.<sup>29</sup>

#### **4. LEVANTAMIENTO DE VELO EN LOS ARBITRAJES COMERCIALES**

En el Perú, el caso más destacado en litigios corporativos se encuentra en el caso arbitral Las pesqueras, el cual hasta la fecha representa el litigio más notorio, pues se presentaron las figuras del levantamiento de velo societario y la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios. Este litigio luego fue derivado al fuero judicial con el expediente de anulación n.º 451-2009,<sup>30</sup> entre las empresas TSG, Caleta Dorada y Harinas Especiales, vinculadas por un contrato de prestación de servicios, en el

---

<sup>28</sup> BRITO NIETO, María. *Op. cit.*, p. 149.

<sup>29</sup> *Idem*, p. 150.

<sup>30</sup> Primera Sala Comercial de Lima. El tribunal arbitral estuvo conformado por Alfredo Bullard González (presidente), Rafael Montoya Álvarez y Alberto Montezuma Chirinos, en la controversia surgida entre TSG Perú S. A. C., de una parte, y de la otra: Pesquera Chicama S. A. C., Langostinera Caleta Dorada S. A. C., Pesquera Libertad S. A. C., Procesadora del Campo S. A. C. y Pesquera Industrial Katamaran.

cual Harinas Especiales se obligaba a producir harina de pescado con insumo (pescado) proporcionado por TSG. Harinas Especiales arrendaba una de las plantas de fabricación de la harina, terreno de propiedad de Caleta Dorada. En fecha posterior Harinas Especiales cedió su posición contractual a Chicama y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron otorgados en garantía a favor de TSG. Luego de una serie de modificaciones contractuales, Chicama resolvió el contrato porque TSG no le habría pagado la obligación dineraria. TSG también resolvió el contrato porque Chicama habría incumplido una obligación valorizada en más de un millón de dólares.<sup>31</sup>

En este arbitraje, TSG demandó a Chicama y sus vinculadas (Caleta Dorada, Libertad, Procesadora del Campo y Katamarán), con la pretensión respecto a la resolución contractual y el pago de una indemnización. Para sustentar la demanda arbitral contra empresas que no habían suscrito el convenio arbitral, TSG alegó que entre todas ellas existía una vinculación económica y habían participado en una serie de acciones fraudulentas de transferencia de activos, con la finalidad de burlar la deuda existente a favor TSG. A partir de la prueba aportada en el arbitraje y en aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario, el tribunal arbitral arribó a la conclusión que las demandadas efectivamente se encontraban vinculadas y respondían a una misma voluntad común, puesto que se trataba de empresas que aparecen y desaparecen constantemente, con el objeto de circular los bienes de unas a otras lo que claramente conlleva el perjuicio de las terceras empresas con las que han contratado, las cuales se encuentran con empresas «de fachada» y carentes de patrimonio, ya que el mismo ha sido transferido a una nueva empresa formalmente independiente, pero que en realidad responde a una misma voluntad.

---

<sup>31</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG». En *Lima Arbitration*, 2014, n.º 6, p. 173 y ss.

Resulta destacable que el tribunal arbitral haya resaltado lo siguiente:

Habiéndose concluido que sí existen indicios suficientes para acreditar la vinculación entre las empresas emplazadas, Chicama, Caleta Dorada, Procesadora del Campo, Katamarán y Libertad, este colegiado concluye también que, de conformidad con lo establecido en el marco conceptual desarrollado previamente, sí resulta de aplicación al presente proceso arbitral la teoría del develamiento del velo societario.

Y, por la misma razón, todas las empresas demandadas conformaron una misma parte del convenio arbitral. Por último, el tribunal arbitral encontró que existía responsabilidad solidaria entre todas las demandadas por ser una misma voluntad común y declaró resuelto el contrato, ordenando el pago una indemnización a favor de Chicama por más de 1 000 000,00 de dólares.

Recordemos que, conforme al derecho de las obligaciones, la solidaridad deviene en una regla excepcional y se genera por mandato de ley o acuerdo de las partes, sin embargo, se deja sin efecto la excepción bajo la tutela del levantamiento de velo societario, amparado bajo una probanza amplia y acreditada, como lo fuera en el arbitraje del caso las pesqueras que llegó hasta la Corte Suprema de la República en vía anulación de laudo.<sup>32</sup>

Según esta doctrina, en aquellos supuestos en los que el intérprete del derecho llegue a la apreciación de que la persona jurídica se ha constituido con el ánimo de defraudar a la ley o a los intereses de terceros, o cuando —no como objeto, sino como resultado— la

---

<sup>32</sup> Casación n.º 4624-2010 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 19 de diciembre de 2011: «Noveno.- Conforme a los argumentos expuestos se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude, y develamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios, basta con recordar los de juristas tales como Juan Morales Godo y Juan Espinoza Espinoza, y la reconducción de tal tópico a figuras tales como el abuso del derecho, y el fraude a la ley; esto último se menciona sólo a manera de ilustración».

utilización de la cobertura formal en que la persona jurídica consiste conduce a los mismos efectos defraudatorios, se despoja a la persona jurídica de su vestidura formal para comprobar qué es lo que bajo esa vestidura se halla o, lo que es lo mismo, desarrollar los razonamientos jurídicos como si dicha persona jurídica no existiese.<sup>33</sup>

Otra importante casuística se presenta en el Caso arbitral n.º 2100-2011-CCL de 2014 y la decisión de anulación del año 2015. El tribunal arbitral, invocando el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, decidió incorporar al arbitraje a Azulcochamining en concordancia con el principio de actos propios, fundamentando su decisión dos aspectos: (i) Azulcochamining había generado una confianza legítima a Minera Los Quenuales al haber suya inicialmente la contestación de demanda de Vena Resources sin oponer objeción alguna al arbitraje (siendo que su primera objeción fue presentada dos años después con el cambio de su representación legal) y (ii) que durante la ejecución del contrato la matriz acepto tácitamente ser parte del esquema contractual a través de comunicaciones enviadas a Minera Los Quenuales.<sup>34</sup>

Sin embargo, lo interesante de la decisión del tribunal arbitral es que, sin mayor sustento ni motivación, señaló que: «Tanto Azulcochamining como Vena Perú son igualmente obligadas por el daño emergente que Vena (Resources) ocasiono a LQ al incumplir el CM y, por lo tanto, les hace solidariamente responsables del resarcimiento de Vena deberá otorgar a LQ como consecuencia de la emisión del laudo».<sup>35</sup>

Al resolver el recurso de anulación, la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, señaló claramente:

---

<sup>33</sup> TORRE MUÑOZ, Sonia. *El levantamiento del velo societario*. Lima: Grijley, 2003, p. 39.

<sup>34</sup> ALVARADO GIRALDO, Jorge y Julio OLÓRTEGUI HUAMÁN. «Consentimiento implícito desde la jurisprudencia arbitral: comentarios a la primera sección del artículo 14 de la Ley de Arbitraje y algunas consideraciones vinculadas». En *Themis*, 2020, n.º 77, pp. 170-171.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

No queda claro si la solidaridad derivaría de la aplicación al caso concreto del artículo 14 de la LA o del hecho —afirmado por el tribunal— de haber integrado la relación contractual, ni si esto último deriva a su vez de los actos propios de Azulcochamining o del hecho de pertenecer a las tres personas jurídicas a un mismo grupo empresarial (2015, Resolución 28, pp. 63-64).

Consideramos que ninguno de los posibles fundamentos señalados por la Segunda Sala Comercial permitiría resolver que las partes no signatarias respondan de forma solidaria en lugar de mancomunada.

Respecto a las anteriores líneas desarrolladas, Alvarado y Olortegui establecen que:

No es un secreto que en muchos casos la finalidad de solicitar la atracción de una parte no signataria al arbitraje es la de conseguir a un *deep pocket* que tenga suficiente patrimonio como asegurar el pago de la totalidad de los montos reclamados.<sup>36</sup>

No compartimos esta opinión, dependerá de si la atracción de una parte no signataria mantiene probanza «sólida y contundente» de la participación en las negociaciones, ejecución, beneficio y la culminación del contrato con la presencia activa del no signatario. La esencia de incorporar al no signatario mantiene conexión con la obtención del beneficio económico obtenida ilícitamente por el «tercero no signatario», esta posible conducta de mala fe será materia de debate en el desarrollo del arbitraje y de la deliberación de los árbitros al momento de laudar.

Por lo que a la participación en la negociación del contrato se refiere, una circunstancia favorable, a efectos de la extensión de los efectos del convenio arbitral a una sociedad no firmante, es que ésta se haya comunicado frecuentemente con el cocontratante con el objeto de firmar los

---

<sup>36</sup> *Idem*, p. 169.

términos del contrato (acudiendo a las reuniones encaminadas a la conclusión del acuerdo; manteniendo correspondencia con la otra parte contractual; encargándose de la configuración del proyecto del contrato; cumpliendo las condiciones necesarias, como son, por ejemplo, los trámites gubernamentales, para la consecución de la operación).<sup>37</sup>

Sin embargo, es más común la participación en la ejecución de la operación económica. A estos efectos, se produce una circunstancia muy favorable a la extensión cuando, por ejemplo, la sociedad no firmante haya efectuado la entrega que caracteriza la ejecución del correspondiente contrato y/o cumplido las restantes tareas atribuidas por el mismo, así como cuando el contratante se haya dirigido a la sociedad no suscriptora para la fijación, en todo o en parte, del precio de venta correspondiente al objeto del contrato.<sup>38</sup>

Compartirnos el criterio integral y la certeza del tribunal arbitral, a fin de ingresar con contundencia al levantamiento del velo societario bajo la extensión del convenio arbitral, reiterando la prudencia de criterio arbitral, bajo el amparo de una probanza sólida o con certeza.

Es importante buscar una nueva forma de abordar el análisis del levantamiento del velo societario como supuesto de extensión del convenio arbitral. Un punto de partida podría dejar de considerar necesario el descubrimiento de un elemento que brinde «certeza» o «apariencia» de fraude, de tal forma que sea suficiente la sola comprobación de una unidad económica entre la parte demandada y los no signatarios. Este último aspecto complementa los criterios establecidos por el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.<sup>39</sup> Dichos complementos serían los siguientes:

---

<sup>37</sup> AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2001, pp. 207-208.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 208.

<sup>39</sup> QUINTANILLA GUTIÉRREZ, Alejandra. «¿Existe un levantamiento del velo jurisdiccional?: el levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral y como remedio de fondo». En *Themis*, 2020, n.º 77, p. 214.

- Consentimiento determinado a partir de la buena fe.
- Comprobación de participación y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato.
- La pretensión de derivar derechos o beneficios del contrato.

## 5. BUENA FE CONTRACTUAL

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1351 de nuestro Código Civil, el contrato implica el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Esta definición es sencilla e implica la onerosidad incondicional de los diferentes contratos típicos regulados en el Código Civil.

A su vez, el artículo 1362 establece las tres fases contractuales (negociación, celebración y ejecución) con aplicación absoluta del principio de buena fe contractual como estándar de comportamiento debido y recíproco, que es analizado en fase contractual y litigiosa. En consecuencia, el artículo 1402 establece: «El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones».

El contrato representa la fuente más importante de vinculación económica recurrida entre los privados y la sociedad (incluso el Estado) con protección de carácter constitucional y del Código Civil, bajo la tutela de los principios de autonomía privada, equilibrio económico-financiero, fuerza obligatoria, consentimiento y buena fe.

Según Troncoso y Álvarez,<sup>40</sup> fuera de la función económica, el contrato cumple una función social. No sólo sirve para la satisfacción de necesidades individuales. Además, es medio de cooperación o colaboración entre hombres. Desde un punto de vista más técnico, la función

---

<sup>40</sup> TRONCOSO, Hernán y Carlos ÁLVAREZ. *Contratos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014.

social del contrato se relaciona directamente con el principio de buena fe, el cual impone a cada parte el deber de lealtad y corrección frente a la otra durante todo el trayecto contractual.

El artículo 1352 del Código Civil peruano establece: «Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

A partir de lo mencionado, resulta esencial remitirnos a la libertad contractual que constituye base para la expresión del consentimiento.

Se decanta el Código Civil por afiliarse a la teoría de la declaración de voluntad, si bien con reservas, haciéndole descansar en una procurada presunción *iuris tantum* de coincidencia con la voluntad común de las partes. A tal fin se garantiza la fuerza expansiva del consentimiento, piedra angular del contrato, presupuesto no sólo de su eficacia, sino *a priori*, de su misma existencia. Sin consentimiento no hay contrato, el consentimiento no es sino esa coincidencia de voluntades, ese *cum sentire*, o sentir juntos de los artífices del negocio contractual.<sup>41</sup>

En nuestra legislación, la libertad contractual encuentra sus límites en el artículo 1354 donde se establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. El principio de limitación excepcional de la libertad contractual está conectado con la institución de la nulidad virtual regulada en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> PÉREZ GALLARDO, Leonardo. «La obligatoriedad de los contratos». En *Código Civil comentado*. Tomo VII, Gaceta Jurídica. Lima: 2020, p. 102.

<sup>42</sup> Código Civil

Artículo V.- «Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico.

Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

El contrato deja de concebirse únicamente como un instrumento creador de derechos y obligaciones (artículo 1438 del Código Civil); hoy se impone una noción más realista que atiende sobre todo al interés de las partes. El contrato no debe ser entendido simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas —aunque le cabe ese cometido—, sino también como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio con el cual los particulares organizan sus intereses.<sup>43</sup>

Consideramos que la autonomía privada representa la libertad más importante concedida por el Estado a la persona natural o jurídica, con este pleno poder absoluto, bajo los límites excepcionales fijados por la ley. Se ejercita la libertad de vincularse con diferentes personas, negociar las condiciones o cláusulas y, finalmente, conservar intacto el derecho (con justa razón) de retirarse de alguna negociación o culminar un contrato conforme al marco contractual lícito.

Asimismo, los postulados sobre la buena fe se encuentran vinculados a la libertad contractual y al contrato en sí en nuestra legislación. Volvemos a acotar que en el artículo 1362 se establece que: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». Aquí nos remitiremos a una serie de planteamientos respecto a qué debemos entender por buena fe.

Actualmente, de nuestra legislación se desprende que la buena fe debe estar presente en la etapa precontractual, en la celebración del contrato y en su ejecución.

En ese sentido, Espinoza Espinoza hace una distinción entre buena fe y diligencia, afirmando que la buena fe como la diligencia son estándares de comportamiento. Así, hace la precisión que el ámbito de aplicación de la buena fe excede el comportamiento de las partes dentro

---

<sup>43</sup> VIDAL RAMOS, Roger. «La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización», p. 462.

de una relación jurídica. La diligencia (que, en algunos casos, comprende la pericia), en cambio, se limita a ésta.<sup>44</sup>

La reciprocidad contractual implica la colaboración en sentido amplio y bajo la observancia de la buena fe absoluta, que deberá ser ejercida por los contratantes (acreedor y deudor) con el fin de brindar la cooperación y lograr la ejecución idónea del contrato y, con ella, obtener el máximo beneficio económico según el marco contractual establecido.

La validez del contrato y su contenido están firmemente anclados a una serie de elementos que han caracterizado el trabajo de las partes durante las negociaciones y después de su conclusión. Existe la necesidad de proteger la confianza de las partes en la buena fe de la existencia del vínculo contractual.<sup>45</sup>

García Long, citando al comparatista holandés Hesselink respecto al *civil law*, señala que «[...] la buena fe es vista a menudo como la norma más alta del derecho de contratos, o del derecho de obligaciones o incluso de todo el derecho privado».<sup>46</sup>

La buena fe contractual representa un cimiento importante del contrato y deberá ser interpretada con amplitud y especialidad, según la etapa contractual y el tipo de contrato (tradicional o moderno). Los conceptos de lealtad, fidelidad, veracidad, diligencia, prudencia y confianza siempre están estrechamente establecidos y podrán ser interpretados en

---

<sup>44</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 141.

<sup>45</sup> VALENTINO, Daniela. «La conclusión del contrato». En DÍAZ ALABART, Silvia; GABRIELLI, Enrico y Luis LEIVA FERNÁNDEZ (directores). *Elementos de los contratos. Un enfoque comparado*. Buenos Aires: La Ley - Thomson Reuters, 2020, p. 206.

<sup>46</sup> GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe. Reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado». En *Actualidad Civil*, 2017, n.º 37, p. 120.

un primer momento por las partes contratantes, y ante una eventual controversia, conforme al daño contractual o a la cláusula litigiosa, esta competencia de interpretación será trasladada a los jueces o árbitros.<sup>47</sup>

El profesor argentino Alferillo incide:

La recepción en el ámbito jurídico de dichas conductas lleva inexorablemente a otra asociación como es equiparar el comportamiento de buena fe con el marco de la licitud. Y, en sentido inverso, a la mala fe con una conducta reprochable, ilícita y, por tanto, punible.<sup>48</sup>

Concordamos con su reflexión final:

Todo por cuanto no se podrá consolidar el imperio de la buena fe en la sociedad si no se describen adecuadamente las conductas de mala fe, tanto con una conceptualización general y en los casos puntuales, para definir cuál es la sanción aplicable.

La buena fe contractual implica negociar y ejecutar los contratos sin ejercicio de conductas fraudulentas y de engaño que generen el incumplimiento grosero del pago de obligaciones dinerarias. En una economía globalizada, la práctica contractual permite que empresas peruanas y extranjeras, sin formalizar contratos y con la presencia de órdenes de compra, puedan contratar (bienes y servicios) bajo el ámbito de la confianza y reciprocidad, que se extiende a las empresas vinculadas o que conforman parte del «grupo empresarial o económico», generándose en algunas ocasiones relaciones comerciales con menor formalidad y bajo la presencia de una excelente reputación e imagen corporativa de la empresa

---

<sup>47</sup> VIDAL RAMOS, Roger. «La excepción de incumplimiento como derecho contractual en el Código Civil peruano y su incidencia en el COVID-19». En FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Derecho de los desastres: COVID-19*. Tomo I: Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.

<sup>48</sup> ALFERILLO, Pascual. «El vínculo entre la buena fe y la teoría general de la mala fe». En VIDAL, Roger (coordinador). *Libro de Ponencias del XV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho, 2020. Recuperado de <<https://ipdlegal.pe/pop.php?option=articulo&Hash=1d700f6e64db36f984ad0b3259696f44>>.

líder o «hermano mayor». Sin embargo, al momento de la ejecución del pago (prestación dineraria), el contratante fiel ingresará al inicio de un camino muy largo, donde ante el requerimiento de pago, la respuesta será mediante negativa, rechazo e incluso de un silencio absoluto, marcando el inicio de un largo camino del litigio a fin de rechazar el ejercicio de abuso y fraude en contra del pago de obligaciones dinerarias lícitas.

El profesor De Trazegenies establece que otro de los campos de aplicación de tal doctrina es en las relaciones entre principales y subsidiarias. Si bien no toda subsidiaria puede ser considerada simplemente una agente de la principal, los conceptos clásicos (e insoslayables para el Derecho) de equidad, buena fe, *fairness*, etcétera, hacen que el carácter formalmente independiente de la subsidiaria se pierda si a través de ella se pretende hacer algo que va contra el espíritu del pacto societario. La situación puede presentarse no sólo en el interior de una sociedad, sino en las relaciones de una sociedad perteneciente a un grupo frente a terceros vinculados contractualmente con alguna de las otras sociedades del grupo. El velo societario puede ser utilizado para que la sociedad responsable frente al tercero en un contrato de obra sea aquella a la que es más difícil emplazar judicialmente o aquella que menor patrimonio tiene para responder por el daño causado en la defectuosa ejecución o en la inejecución del contrato.<sup>49</sup>

En el Perú, la doctrina del descorrimiento del velo societario, y de las implicancias jurídicas de que exista un grupo económico detrás de la sociedad, ha sido acogida tanto por los tratadistas como por jueces nacionales y tribunales arbitrales en sus sentencias y laudos. Dentro de la legislación civil peruana, los conceptos de buena fe y de abuso del derecho, que forman parte del ordenamiento positivo vigente, permiten adelantar por el camino de la desestimación de la personalidad jurídica

---

<sup>49</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». En *Ius Et Veritas*, 2004, n.º 29, p. 13.

de una sociedad y pasar más allá de ella, apoyados estrictamente en la ley.<sup>50</sup>

Es necesario establecer que la buena fe contractual guarda relación absoluta con la teoría del levantamiento del velo societario. La buena fe permite perseguir, sancionar y ejecutar la carga económica ante el contratante infiel que, bajo abuso y engaño, se aprovechó del beneficio de una prestación sin haber pagado la contraprestación. Bajo la función punitiva y limitativa, la buena fe permite al juzgador o árbitro rasgar el velo societario no de oficio, en forma excepcional, a pedido de parte (pretensión), a fin de recuperar la licitud y atribuir responsabilidad ante el impago de obligaciones dinerarias.

## 6. PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO Y DEL FRAUDE

La figura del abuso del derecho regulada en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil peruano,<sup>51</sup> prohíbe y sanciona todo acto o conducta contractual ejercitada con un abuso del derecho y establece las consecuencias del abuso del derecho. En primer lugar, el abuso del derecho no es amparado por la ley. Evidentemente que aquí el legislador se refiere no a las leyes formales, sino al sistema jurídico en general.<sup>52</sup>

Según Rubio, el abuso del derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del derecho es tratado como no lícito al atentar contra la armonía de la vida social. Tal calificación no proviene ni de la aplicación de las normas sobre responsabilidad

---

<sup>50</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>51</sup> Código Civil

Artículo II.- «Ejercicio abusivo del derecho

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

<sup>52</sup> VIDAL RAMOS, Roger. «La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema judicial peruano». En *Desafíos*, 2014, vol. 2, p. 68.

civil, ni de otras normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica.<sup>53</sup>

Es decir que la norma equivale a decir que en el derecho, el abuso de los derechos no resulta amparado. Es, así, una norma que trasciende el campo civil para regular todo el sistema jurídico.<sup>54</sup>

Respecto del fraude —cuya expresión proviene del latín *fraus, fraudis* y significa ‘engaño, abuso de confianza que produce un daño’— «[...] consiste en la enajenación de bienes, a título oneroso o gratuito que realiza el deudor para evitar que su acreedor pueda ejecutarlo».<sup>55</sup>

La prohibición del fraude, como institución que sanciona la deslealtad contractual en el derecho civil peruano, está regulada en el artículo 195 del Código Civil<sup>56</sup> como «fraude a los acreedores o la acción pauliana» y bajo el principio de la prohibición del fraude la ley, que consiste en burlar (conducta voluntaria) la aplicación de una norma imperativa desfavorable, obteniendo que otra disposición favorable sea la que se aplique.

La relación del fraude y la acción pauliana en el Código Civil peruano mantiene por finalidad entender la presencia de un mal deudor, que ejercita una conducta desleal, pues nuestra codificación señala que se presume la existencia de perjuicio cuando el acto del deudor origina:

---

<sup>53</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Abuso del derecho*. Para Leer el Código Civil II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985, p. 22 y ss.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>55</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de motivos y comentarios al Libro Segundo del Código Civil». En REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo IV, p. 313.

<sup>56</sup> «El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro [...]».

1) la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida; o 2) se dificulta la posibilidad de cobro.<sup>57</sup>

La profesora Guerra sostiene que, por razones de técnica jurídica, se separó el fraude a los acreedores del fraude a la ley; en cuanto al primero, debemos destacar que está caracterizado por el perjuicio que se causa a un particular, que es el sujeto activo en la relación jurídica creditoria, mientras que en el caso del fraude a la ley se causa perjuicio a intereses superiores de la comunidad, el dañado no es un particular, sino la comunidad personificada por el Estado.<sup>58</sup>

Como bien señala López y Cesano, otra forma de ejercer un abuso y con presencia de mala fe usualmente se genera en la estructura del accionariado bajo «amplia mayoría» en una sociedad o empresa, que podrían surgir por el mal manejo y posición dominante de una mayoría del accionariado o del socio mayoritario, que abusa de su poder y dispone del patrimonio (compraventa, donación, permuta, cesión, dación en pago, transacción extrajudicial, mutuo, superficie y otros) de la empresa con ánimo de quiebra, engaño o defraudación a sus acreedores, a fin de no pagar deudas derivadas de contratos o servicios correspondientes a proveedores, consorciados, locadores, obligaciones de derechos laborales e incluso logrando perjudicar a la autoridad administrativa (tributaria, laboral o ambiental) respecto de la imposición del pago de multas.<sup>59</sup>

Tal y como refiere Mori, cabe diferenciar los actos contra la ley de los negocios en fraude a la ley. Los primeros atentan contra la norma objetiva y suponen un ilícito típico; mientras los negocios en fraude a la ley se caracterizan por el uso de rodeos, evitando el choque directo del

---

<sup>57</sup> ROJAS ASCÓN, Miguel y Roger VIDAL RAMOS. «Apuntes sobre la acción pauliana en el Código Civil peruano de 1984». En VIDAL RAMOS, Roger (coordinador). *Libro de ponencias estudiantiles del X Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Estudio Castillo Freyre, Instituto Peruano de Derecho Civil, Lex & Iuris, 2016, p. 90.

<sup>58</sup> GUERRA CERRÓN, María Elena. *Levantamiento del velo societario*. Lima: Grijley, 2008, pp. 421-422.

<sup>59</sup> LÓPEZ, Marcelo y José CESANO. *Op. cit.*, p. 163.

negocio con la ley. En síntesis, al igual que en el caso del ejercicio abusivo del derecho, en el fraude a la ley el criterio más adecuado para determinar si nos encontramos ante una conducta fraudulenta es el objetivo que se presenta cuando se pretende burlar la finalidad social, económica o política por la que fue promulgada una norma legal. A tal efecto, no importará el conocimiento o no de las partes acerca de los fines de la norma, pues estos, al igual que la norma misma, se deben presumir conocidos por todos.<sup>60</sup>

Es el juez quien al resolver debe aplicar las reglas que hayan sido burladas mediante el acto defraudatorio, según cada caso específico. Ahora bien, debe quedar en claro que la norma transgredida debe ser de obligatorio cumplimiento, es decir, una ley de carácter imperativo, pues no cabe hablar de fraude a la ley tratándose de una norma declarativa o dispositiva que establezca los alcances de una figura jurídica o que pueda ser variada por la autonomía de la voluntad de las partes. Esta característica que, como se verá más adelante, es de fundamental importancia tiene su razón central en la protección del orden público y las buenas costumbres.<sup>61</sup>

En el ejercicio del derecho y sus actividades comerciales de las corporaciones, la profesora Guerra Cerrón establece:

En efecto, la sociedad de manera directa e inmediata puede actuar antijurídicamente, por ejemplo, abusando de la autonomía negocial con la que cuenta para regular sus relaciones obligacionales frente a terceros, pero cuando actúan directa e inmediatamente serán de aplicación las reglas de responsabilidad civil contractual o extracontractual, el problema está cuando los accionistas obtienen un resultado por el abuso de la personería jurídica.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> MORI SÁENZ, Alejandra y Marco TORRES MALDONADO. «Reflexiones acerca de la teoría del levantamiento del velo societario. A propósito de su aplicación en nuestro sistema jurídico nacional». En *Derecho y Cambio Social*, 2013, n.º 32, año 10, p. 18.

<sup>61</sup> GUERRA CERRÓN, María Elena. *Levantamiento del velo societario*. Lima: Grijley, 2008, p. 421.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 422.

Al respecto, Rosembuj señala cinco sectores en los que la reacción del ordenamiento propicia la penetración de la persona jurídica, estos son: la nacionalidad ficticia de la persona jurídica en materia de evasión fiscal; fraude fiscal por abuso de la forma de la personalidad jurídica; sociedad unipersonal o sometida a la tiranía del socio único; grupos de sociedades y relaciones entre sociedades matrices y filiales; y, limitación de la concurrencia o extensión de la quiebra, siempre que se busque la simulación, el fraude a la ley o el perjuicio de terceros.<sup>63</sup>

Las empresas en liquidación y su incapacidad de reembolsar a sus acreedores representa un ejemplo de cómo los grupos de empresas también pueden abusar de la forma societaria en aspectos cuando la sociedad matriz posea subsidiariamente el capital y genera el abuso de su posición. El líder del grupo es responsable de alguna forma.<sup>64</sup>

Por otro lado, como afirma Waincymer,<sup>65</sup> es usual vincular el control societario o el grupo empresarial con un ánimo de fraude, sin embargo, la relación de control en sí misma no justifica el levantamiento del velo corporativo, pues se hace necesario que ese control sea usado para cometer fraude o abuso del derecho a limitar la responsabilidad a partir de la creación de una persona jurídica (Bridas SAPIC c. Gobierno de Turkmenistán), siendo una pauta establecida en las cortes de Estados Unidos la presencia del fraude y su acreditación para ingresar a levantar el velo corporativo (Freeman c. Complex Computing, Interocean Shipping c. National Shipping).

---

<sup>63</sup> ROSEMBUJ, Tulio. *El fraude de ley, la simulación. Interpretación Económica de las Normas Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 1999, segunda edición, p. 259.

<sup>64</sup> DE GIOIA CARABELLESE, Pierre. «Il principio di separatezza patrimoniale fra common law e civil law: da Salomon v. Salomon al Companies Act, passando per la società italiana nummo uno». En: *Rivista di Diritto Bancario Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza*, 2019, pp. 396-397.

<sup>65</sup> WAINCYMER, Jeffrey. «Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 7: Complex Arbitration». En *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Netherlands: Kluwer Law International, 2012.

En la misma línea Verón,<sup>66</sup> cuando se abusa de la personería jurídica pretendiendo utilizarla para fines no queridos por la ley es lícito rasgar o levantar el velo de la personería para penetrar en la verdad que se esconde tras de él, y hacer prevalecer la justicia y las normas de orden público que han pretendido violarse.

El criterio decisivo para prescindir de la forma de la persona jurídica lo sitúa Serick en «su utilización abusiva para dejar burlado un precepto legal». En tres grandes categorías agrupa las manifestaciones más frecuentes que pueden revestir los supuestos de abuso de la persona jurídica: fraude a la ley, fraude o violación de contrato y daño fraudulento causado a terceros.<sup>67</sup>

El levantamiento del velo como remedio sustancial, independientemente de la jurisdicción que se aplique, se da como consecuencia de descubrir actos fraudulentos que llevan a cuestionar la responsabilidad limitada de la compañía. La causa puede ser diversa, dependiendo de las teorías que cortes judiciales o tribunales han establecido para analizar indicios y cuya consecuencia es buscar que los créditos sean satisfechos por la persona (natural o jurídica) que realmente controlaba las decisiones fraudulentas y no por la compañía que actuó como fachada.<sup>68</sup>

La prohibición del abuso del derecho y del fraude representan dos pilares en el ordenamiento jurídico peruano, que permiten la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario y extender la responsabilidad «solidaridad» a las empresas vinculadas o las que deberán de asumir el pago de obligaciones dinerarias rechazadas ante un evidente acto de mala fe contractual.

---

<sup>66</sup> VERÓN, Alberto Víctor. *Tratado de los conflictos societarios*. Parte I. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 303.

<sup>67</sup> BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Navarra: Thomson-Arazandi, 2006, cuarta edición, p. 66.

<sup>68</sup> QUINTANILLA GUTIÉRREZ, Alejandra. *Op. cit.*, pp. 214-215.

## 7. OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Las obligaciones solidarias, conforme a la teoría general del derecho de las obligaciones, permite extender el cumplimiento de la prestación a cualquiera de los codeudores o quien, de ellos, mantenga el suficiente patrimonio a fin de cumplir con el pago de la prestación dineraria (en especial, la que nos interesa).

La solidaridad mantiene dos fuentes que logran establecer su nacimiento negocial, la primera virtud del acuerdo contractual establecido en ejercicio de la autonomía entre deudor y acreedor, y el segundo por imposición de la ley. Éstas son las dos únicas fuentes exclusivas que permiten la solidaridad contractual.

El profesor italiano Gallo, conforme a la doctrina generalizada y las codificaciones más destacadas, indica que la obligación puede ser considerada solidariamente sólo si está prevista expresamente en la ley o el título,<sup>69</sup> supuesto regulado expresamente en el artículo 1183 del Código Civil peruano: «La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa».

Conforme al Código Civil de Brasil, el profesor Tartuce establece:

De acuerdo con el principio de operatividad, en el sentido de simplicidad o facilitación, el art. 264 del CC establece que hay solidaridad cuando en la misma obligación concurra más de un acreedor, o más de un deudor, cada uno con derecho u obligación de la totalidad de la deuda. Así, en la responsabilidad solidaria, cualquiera de los acreedores puede exigir la totalidad de la obligación, la deuda puede ser pagada por cualquiera de los deudores.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> GALLO, Paolo. *L' obbligazione. Trattato di Diritto Civile*. Torino: Giappichelli Editore, 2019, tomo II, p. 22.

<sup>70</sup> TARTUCE, Flavio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Río de Janeiro: Forense, 2017, p. 102.

A fin de mantener la línea de asignación de solidaridad de uno o varios «deudores del grupo empresarial», es esencial destacar que la solidaridad se generará bajo la extensión de la responsabilidad civil contractual, por impago de prestaciones dinerarias, que podrían ser requeridas conforme a las pretensiones de dar suma de dinero o resarcimiento por lucro cesante o daño emergente.

La solidaridad representa el máximo grado de atribución de responsabilidad del pago de una prestación económica derivada del incumplimiento de un contrato (y daños consecuentes) e incorpora una fuente de resarcimiento en aplicación de la teoría del riesgo creado, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual conforme al artículo 1970 del Código Civil peruano.

Es así que Gallo<sup>71</sup> sostiene que en materia de responsabilidad civil el hecho lesivo es imputable a más personas y, en consecuencia, están obligadas a pagar los daños (artículo 2011 del Código Civil italiano) y que la jurisprudencia opera la misma solidaridad en el contexto contractual cuando el daño se generó en consecuencia del incumplimiento de una pluralidad de contratos.

Por su parte, Tartuce<sup>72</sup> señala que la solidaridad prevista en el Código brasileño es de carácter obligatorio y se relaciona con la responsabilidad civil contractual y no deberá confundirse con la responsabilidad civil aquiliana. Es necesario establecer que la responsabilidad extracontractual en el derecho peruano se puede extender vía solidaridad ante la

---

<sup>71</sup> GALLO, Paolo. *Op. cit.*, p. 22 (In materia di responsabilità civile se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno (art. 2055 c.c.) La giurisprudenza precisa che la medesima solidarietà opera in ambito contrattuale quando il danno sia la conseguenza dell'inadempimento di una pluralità di contratti, nonché nei casi in cui taluno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale ed altri delittuale).

<sup>72</sup> TARTUCE, Flavio. *Op. cit.*, p. 102 (Muito importante apontar que a solidariedade prevista no dispositivo em análise é a solidariedade de natureza obrigacional e relacionada com a responsabilidade civil contratual, que não se confunde com aquela advinda da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, tratada pelo art. 942, parágrafo único, da lei privada, pelo qual “são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”).

causalidad de daños ambientales o accidentes de trabajo, bajo la teoría del riesgo creado la solidaridad incluso se puede extender a los funcionarios y grupo de empresas con el pago de resarcimiento e incluido multas administrativas.

Es ineludible, a fin de mantener la oportunidad de recuperar las prestaciones dinerarias, establecer la solidaridad del pago, vía levantamiento del velo societario, contra los accionistas, socios o directores, a todo el grupo económico o a la casa matriz, de la responsabilidad de solventar los créditos impagos. De esta forma se logra desgarrar el velo, a fin de no permitir que el engaño, fraude y mala fe contractual perjudiquen en su conjunto a la sociedad y el mercado.

Siguiendo la teoría de la responsabilidad limitada de las personas jurídicas, respecto del patrimonio individual de sus socios, De Gioggia sostiene:

La responsabilidad limitada, referido al estatus legal que asume la empresa, en ocasiones parece actuar más como instrumento que permite la tendencia de riqueza en un núcleo muy limitado de sujetos, a veces simplemente familiares o individual, en lugar de un modelo legal de creación de valor para la comunidad.<sup>73</sup>

Una forma de entender el rasgamiento del velo corporativo se presenta en el supuesto de la segregación de los activos de la empresa y de los accionistas. Esta disminución o fuga de capitales, con actos fraudulentos, logrará que la responsabilidad se extienda a los directores y funcionarios<sup>74</sup> a fin de asumir económicamente los daños generados

---

<sup>73</sup> DE GIOIA CARABELLESE, Pierre. *Op. cit.*, p. 395.

<sup>74</sup> «The definition of veil-piercing as involving ignoring or an exception to separate legal personality is expedient for those who consider that the doctrine permits the extension of liability from an insolvent subsidiary to any of the companies in a group (including co-subsidiaries) or, indeed, to directors, corporate officers, and agents. However, this usage elides two distinct issues. First, the existence of the company as an “artificial” legal person requires rules about ownership and the use of assets. The term ‘corporate veil’ properly refers to the segregation of company assets from the assets of shareholders and others». KRAAKMAN,

en perjuicio de los socios perjudicados o compañías amparadas en una relación contractual o comercial.

Tal y como señala Díaz, la posibilidad de extender la responsabilidad a los accionistas se encuentra en la figura de *El Disregard of the Legal Entity*, proporcionado por el *common law*, que se aplica excepcionalmente para considerar a una persona jurídica como ficción y a los socios como verdaderos responsables de los casos de fraude e ilegitimidad cometidos por la compañía.<sup>75</sup>

En el derecho brasileño, el desconocimiento de la personalidad jurídica se encuentra considerado en el Código Civil brasileño, pero expresa una regla excepcional y no general, será utilizada en caso de simulación, fraude, confusión patrimonial y abuso de la personalidad jurídica, a su vez su aplicación corporativa cobra presencia notoria, conforme a lo siguiente:

Sua aplicação é mais do que válida para as pessoas jurídicas onde o patrimônio da empresa se confunde com o patrimônio dos sócios. Certamente não é o caso de grandes empresas, principalmente as companhias abertas, isto é aquelas que têm os valores mobiliários (ações e debêntures, por exemplo) por ela emitidos negociados em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado. Para essas é exigido um grau de transparência muito superior àquele que é exigido para as empresas fechadas, aquelas cujos valores mobiliários que emitem não são negociados em bolsa ou no balcão.<sup>76</sup>

---

Reinier; DAVIES, Paul; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gerard; HOPT, Klaus; KANDA, Hideki; Edward ROCK. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: University Press, segunda edición, 2009, p. 6.

<sup>75</sup> DÍAZ RAMÍREZ, Enrique. «La personalización y despersonalización de sociedades en el derecho colombiano». En ANZOLA GIL, Marcela y otros. *Levantamiento del velo corporativo panorama y perspectivas. El caso colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 46.

<sup>76</sup> Martinz, 2008, pp. 127-132 citado en SZTAJN, Rachel. *Op. cit.*

Es destacable la experiencia en Brasil respecto a la responsabilidad solidaria ante la presencia del «grupo de económico». Al respecto, compartimos los siguientes aspectos:<sup>77</sup>

- Las leyes mencionadas también extienden su alcance a las personas jurídicas que no participan directamente en la conducta. Existe una disposición de responsabilidad solidaria en el ámbito del grupo económico que asegura una mayor efectividad en la represión de actos ilícitos en el contexto de grupos complejos, en los que se superponen múltiples personas jurídicas distintas bajo el aspecto formal, pero sujeto en la misma dirección en su desempeño.
- En la Ley 12.529, de 2011, se establece la solidaridad en los siguientes términos: las empresas o entidades que sean integrantes de un grupo económico, de hecho, o de derecho, serán solidariamente responsables, cuando al menos una de ellas viole el orden económico. Análoga norma se encuentra contenida en la Ley 12.846, de 2013. Establece que las sociedades controladoras, controladas, afiliadas o, en el ámbito del contrato respectivo, los miembros del consorcio serán solidariamente responsables de la práctica de los actos previstos. porque en esta ley.
- Estas reglas a veces se aplican literal y automáticamente a partir del mero hallazgo de la existencia de un grupo económico. Pero si la responsabilidad objetiva no prescinde de la identificación de la relación entre la infracción y las acciones u omisiones imputables a la persona jurídica, tampoco puede surgir la solidaridad dentro del grupo sin que esta relación esté presente.
- La solidaridad en el grupo económico debe entenderse bajo un mismo parámetro. La matriz dispone de los medios para imponer y exigir a la filial los sistemas de control de riesgos en

---

<sup>77</sup> DITZEL FARACO, Alexandre. «Responsabilidad solidaria del grupo económico». En *Valor Económico*, 12 de febrero del 2021, traducción propia. Recuperado de <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/02/12/responsabilidade-solidaria-no-grupo-economico.ghtml>>.

cuestión. Si no lo hace, es razonable que pueda responder conjuntamente por la infracción. Lo contrario no tiene sentido y no hay forma de justificar la solidaridad en tales casos, salvo con base en criterios arbitrarios incompatibles con nuestro régimen constitucional. La justificación de la regla no puede ser simplemente que «alguien tiene que pagar la cuenta» o que la sanción debe ser fácil de aplicar.

La solidaridad que se generará en favor de los socios o empresas perjudicadas por actos en ejecución contractual (engaño, fraude y mala fe,) permitirá que se extienda la responsabilidad del pago de obligaciones dinerarias mediante la incorporación al proceso judicial o arbitral de la pretensión vía levantamiento de velo societario, debiendo el juzgador imponer al deudor en solidaridad que cumpla con pagar la prestación dineraria e intereses. Esta solidaridad deberá de ser solicitada y aceptada por el juzgador en forma excepcional y ante la presencia grosera de actos que dañan la buena fe, como son el fraude y el abuso contractual.

La regla de la solidaridad mantendría una excepción bajo la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario cuando el juzgado ha logrado determinar en forma contundente que existe mala fe contractual y fraude del no signatario o de la empresa dominante del grupo empresarial y extiende la responsabilidad solidaria a quien está en mejor posición de asumir las obligaciones dinerarias.

Es muy pertinente señalar el novedoso criterio arbitral en el Caso n.º 2100-2011-CCL de 2014 en los siguientes fundamentos:<sup>78</sup>

No obstante, lo anterior, cuando se llevó a cabo la audiencia de informes orales (más de dos años después de iniciado el presente arbitraje) Azulcochaming señaló que de acuerdo con la teoría de la relatividad de los contratos, y al no haber suscrito ni el CM ni el PA, no tendría por qué verse afectada por lo que dispusiera el tribunal arbitral en el laudo.

---

<sup>78</sup> Segunda Sala Comercial de Lima. Ver Resolución n.º 28, Expedientes n.ºs 200-2014 y 206-2014 (acumulados) entre el demandante Vena Resources Inc. y demandado Empresa minera Los Quenuales, sobre anulación de laudo.

Es por ello que este tribunal arbitral considera que, en aplicación de la doctrina de los actos propios, derivada del principio de buena fe, Azulcochamining debe responder solidariamente con Vena por el daño ocasionado a LQ como consecuencia del incumplimiento del CM, al ser parte no signataria.

Así, la participación de Azulcochamining en la ejecución del CM fue tácitamente reconocida por esta empresa en carta remitida a LQ con fecha 17 de junio del 2011 (anexo 1-H de la demanda). En dicha carta, que Azulcochamining envió cuando todavía se denominaba «Vena Perú S. A.», comunicó a LQ que como empresa subsidiaria de Vena Resources y titular de las concesiones mineras del proyecto azulcocha oeste, *entiende que no existe relación obligacional o contractual alguna con su estimada empresa (LQ sub.neg.ar.) añadiendo que ello era así porque «no se ha suscrito ningún nuevo acuerdo y contrato original venció el pasado 20 de abril del 2010»*. Es decir que Azulcochamining (en ese entonces Vena Perú S. A.) entendía que hasta el 20 de abril del 2010 ella sí se encontraba vinculada por el CM y que habría dejado de estarlo porque, precisamente, en dicha fecha se habría producido su vencimiento.

El laudo emitido en mayoría fue materia de anulación parcial por parte de la Segunda Sala Comercial de Lima (pp. 63-65), siendo la sumilla la siguiente: «El laudo que establece la solidaridad pasiva (como deudores) de las personas jurídicas demandadas, sobre la base de considerarlas integrantes de un mismo grupo empresarial, su participación real en la relación jurídica contractual y en el arbitraje, e invocando la extensión del convenio arbitral prevista en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, pero omitiendo el análisis y descarte expreso de su fundamental alegato basado en la regla del artículo 1183 del Código Civil, incurre en vicio de motivación al no haber dado respuesta explícita a lo postulado por esta parte».

La Sala Comercial de Lima, bajo el control de motivación del laudo, requiere al tribunal arbitral que pueda ampliar los criterios de solidaridad que determinaron la consecuencia del fallo; sin embargo, la Sala Comercial, sin conservar el criterio de «no revisión del criterio arbitral»,

arriba a algunas interpretaciones, de las que discrepamos, pero merecen interpretación.

Trigésimo segundo [Sala Comercial, p. 63]: Sin embargo, a criterio de este Colegiado, del razonamiento esbozado no se desprende un análisis explícito de la regla jurídica sobre la solidaridad, contenida en el artículo 1183 del Código Civil que fue expresamente invocado por Azulcochamining como punto arcónico de su posición jurídica. No debe perderse de vista que en la decisión de una controversia entre dos posiciones encontradas, sobre hechos y derecho, no basta que el órgano decisorio afirme aquello que constituye su propia opción —sea que coincida o no con lo postulado por las partes—, sino que es menester expresar por qué el argumento medular postulado puntualmente por una de ellas —o ambas— no es acogido, es decir, debe brindarse respuesta a lo planteado por la parte de modo tal que ésta —y cualquier lector del laudo— tenga claro por qué su alegación central no es pertinente o válida, más aún si se trata de una de puro derecho. Y esto, a ojos de este Colegiado en tanto observador objetivo e imparcial de lo acaecido en el arbitraje, no se ha dado en el laudo cuestionado, pues no puede saberse a ciencia cierta cuál es el criterio asumido por el Colegiado, respecto a la fuente jurídica de la solidaridad atribuida a las codemandadas, en el contexto de la regla jurídica del carácter expreso de la solidaridad, invocada expresamente por la parte arbitral; si la ley —cuál ley— o el contrato, para entender en el caso concreto, cumplida la norma del artículo 1183 del Código Civil peruano, que fue argumento medular de la posición jurídica de esa misma parte, cuyo análisis de pertinencia, interpretación y aplicación al caso concreto —cualquiera que fuere el sentido en que lo hiciera el tribunal— se revela trascendental y no podía ser obviado en la motivación explícita del razonamiento decisorio.

Es cierto que el laudo expone razones por las cuales se consideró a Azulcochamining parte material del contrato y como tal comprendido dentro de los alcances del convenio arbitral; sin embargo, no queda claro si la solidaridad derivaría de la aplicación al caso concreto del artículo 14 de la LA o del hecho —afirmado por el tribunal— de haber integrado la relación contractual, ni si esto último deriva a su vez de los actos propios de Azulcochamining o del hecho de pertenecer las tres personas jurídicas a un mismo grupo empresarial. Así, si bien las razones expuestas en el laudo pueden ser objeto de interpretación, sin embargo, en la medida

que ésta sea requerida para conocer la *ratio decidendi* del laudo, no podrá considerarse a éste como motivado en forma tal que satisfaga el estándar constitucional de la debida motivación.

Por lo demás, dependiendo de cuál sea la lectura que se efectúe del laudo, podría arribarse a conclusiones disímiles, como se evidencia del hecho de que tanto Azulcochamining como LQ sostienen sendas interpretaciones, plausibles ambas.

Así, Azulcochamining considera que el fundamento jurídico en el cual el tribunal radica la fuente de la solidaridad pasiva que le atribuye es la figura de la extensión del convenio arbitral con base en el artículo 14 de la LA, en función de lo cual se pregunta legítimamente cómo es que de una norma que sería de carácter procesal pudiera derivar una regla sustancial como la solidaridad, lo que ciertamente no ha sido explicado en el laudo, pues una cosa es que alguien se encuentre comprendido por el convenio y como tal sea parte en el arbitraje, y otra es que sea deudor solidario con sus codemandados. Y, por otro lado, LQ considera que la fuente de la afirmada solidaridad estaría en el contrato, en tanto que el laudo habría afirmado el carácter plurisubjetivo de la parte contractual deudora; pero aun asumiendo esto último, no aparece del laudo por qué la obligación de las integrantes de dicha parte plurisubjetiva ha de ser necesariamente solidaria, pues por mandato de la ley, ésta no puede ser presumida salvo pacto expreso [Sala Comercial, p. 64].

Es pertinente considerar lo establecido por Alvarado y Olortegui,<sup>79</sup> el artículo 14 no hace referencia alguna a que las partes no signatarias responden de forma solidaria. Dicho artículo, por sí mismo, no puede ser parte del fundamento de un tribunal arbitral para ordenar este tipo de condena. A nuestro criterio, la aplicación de la doctrina de los actos propios y/o el hecho de que las no signatarias sean parte del mismo grupo empresarial que la signataria no merman esta conclusión. En cualquier caso, es necesario diferenciar el ámbito procesal del ámbito sustantivo de la relación jurídica establecida. Que una parte haya mostrado consentimiento implícito para arbitrar no necesariamente conlleva a que responda de la misma manera o por todas las obligaciones del contrato.

---

<sup>79</sup> ALVARADO GIRALDO, Jorge y Julio OLÓRTEGUI HUAMÁN. *Op. cit.*, p. 171.

Discrepamos con los puntos anteriores. El artículo 14 de la LA, si bien concede un camino procesal que permite el ingreso al arbitraje de una o varias personas (naturales o jurídicas) que participaron de la cadena contractual, pero no se puede obviar la naturaleza jurídica del «no signatario» bajo el imperio de la buena fe contractual, la misma que permite interpretar el artículo 14, en una doble óptica procesal y sustantiva, lo cual revierte a la norma peruana de mayor ámbito de interpretación contractual y no exclusivamente en una norma procesal.

Sin embargo, si durante la tramitación del arbitraje se aporta probanza que acredite: a) consentimiento; b) mala fe; c) fraude; y d) modificación y/o término del contrato y según el criterio del tribunal arbitral arribara a determinar la presencia de la «solidaridad» con base en la indagación y perforación del velo societario, advertimos que no existe mayor conflicto en la interpretación arbitral al establecer un rango de la presencia de hechos jurídicos (el no signatario, la teoría de los actos propios, grupo de empresas y la atribución de solidaridad), pues finalmente el tribunal arbitral precedido de un análisis integral, arribada a un criterio emitido en el laudo.

La «regulación procesal del artículo 14 de la LA» (ingreso del no signatario al proceso) no prohíbe a las partes o a los árbitros efectuar una interpretación contractual de la vinculación en sus diversas formas (grupo de empresas o contratos coligados), pues el artículo 14 también proporciona una regulación contractual en referencia a las diferentes etapas del contrato de conformidad (artículo 1362 del Código Civil peruano), el consentimiento y la buena fe contractual.

## **8. GRUPO DE EMPRESAS**

Según Broseta, el grupo de empresas, conforme progresan, se extienden y se hacen más potentes, en las diversas formas societarias, también aparecen fenómenos que les son propios cada día con mayor fuerza, el

grupo actúa internamente como una unidad, en la que el mando y control corresponden a la sociedad o al órgano dominante, de modo que las sociedades dominadas, formalmente personas jurídicas independientes, son meros instrumentos que siguen las ordenes de aquellas; el grupo se manifiesta externamente y actúa como tal unidad, de modo que el tercero que contrata con una sociedad del grupo ha contratado formalmente con una sociedad autónoma, pero que en tal realidad actúa en interés del grupo. Finalmente, en muchas ocasiones, el patrimonio de una sociedad queda de tal forma condicionado por el de la sociedad dominante o por el grupo, que puede ocurrir que quede vacío de contenido frente a los terceros cuando estos quieran ejercitar contra ella sus garantías patrimoniales.<sup>80</sup>

Con relación a los grupos de sociedades, Spisso refiere que

[...] esta doctrina ha sido empleada especialmente en materia de sociedades vinculadas cuando la apariencia jurídica oculta subordinación económica o financiera. Esto, en derecho alemán, se conoce con el nombre de «teoría del órgano», según la cual, cuando existe dependencia económica, financiera u orgánica se considera que la entidad dominada es un órgano de la dominante, con la cual se integra en un solo ente orgánico.<sup>81</sup>

Boldó (1997) manifiesta al respecto que

[...] la integración de un grupo por parte de una sociedad puede dar lugar a que se produzca actuaciones que tengan como consecuencia una desviación del patrimonio de la sociedad dominada hacia la sociedad dominante. Esto puede perjudicar gravemente los intereses de los acreedores de la primera, que sólo cuentan con el patrimonio social como garantía a sus créditos.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1978, vol. 1, p. 567.

<sup>81</sup> SPISSO, Rodolfo. «Fraude de ley, abuso de las formas y Simulación». En CASÁS, José Osvaldo (compilador). *Interpretación económica de las normas tributarias*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 242.

<sup>82</sup> BOLDÓ RODA, Carmen. *Op. cit.*, 1997, pp. 407-413.

De esta manera, la autora indica que la posible responsabilidad entre sociedades pertenecientes al mismo grupo queda en manos de la jurisprudencia como uno de los posibles efectos de la aplicación del levantamiento del velo societario.<sup>83</sup>

Es pertinente atender lo establecido por Aguilar sobre la definición del grupo de empresas:

[...] una empresa multinacional es un grupo de sociedades que opera bajo un régimen de propiedad o de control común, y cuyos miembros son constituidos conforme a ley de más de un estado. De manera general, los miembros del grupo de sociedades operan bajo las marcas del comercio o razones sociales comunes o ligadas y producen o distribuyen productos o servicios comunes ligados.<sup>84</sup>

Mori y Galluccio afirman:

En el presente caso nos encontramos ante la presencia de sociedades que conforman un mismo grupo económico, pero que a su vez actúan como una única sociedad, con una sola voluntad de fraude. Es decir, es la propia formación o utilización de sociedades vinculadas, con el fin de evadir las obligaciones contractuales.<sup>85</sup>

Uno de los casos más conocidos —que en alguna medida puede considerarse el origen de la doctrina francesa del grupo de sociedades— es el caso *Dow Chemical vs. Isover Gobain*, arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Internacional.<sup>86</sup>

En el caso, el tribunal arbitral aceptó la legitimación para participar en el juicio arbitral (como demandantes) de dos sociedades del Grupo

---

<sup>83</sup> *Idem*, pp. 407-413.

<sup>84</sup> AGUILAR GRIEDER, Hilda. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>85</sup> MORI, Pablo y Giuseppe GALUCCIO. «El juego de las máscaras la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral*. Lima: Palestra Editores, 2016, p. 141.

<sup>86</sup> NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio. *La tragedia del consentimiento*. Lima: Palestra Editores, 2019, pp. 94-95.

Dow no signatarias del acuerdo arbitral, bajo el argumento de que la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral.

Cuando se le pregunta a algún especialista dónde es posible encontrar el consentimiento en la teoría del grupo de sociedades suelen argumentar que se le encuentran precisamente en el hecho de que las no signatarias habrían participado activamente en la celebración, ejecución y terminación de los contratos.<sup>87</sup>

Conforme lo establece Ramírez, la teoría del grupo de compañías ya ha sido ampliamente reconocida dentro de la práctica arbitral. El caso hito para su aplicación es Dow Chemical c. Isober Saint-Gobain, donde se establecieron los siguientes elementos para su configuración: (i) la existencia de un grupo de compañías o personalidades jurídicas vista como una sola realidad económica; y, (ii) la adopción de comportamientos o declaraciones de las partes que permitan concluir objetivamente y de buena fe que la común intención de las partes era contratar con el grupo en su totalidad - ICC 4131 de 1982.<sup>88</sup>

La jurisprudencia ha establecido indicios para determinar la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, siendo las siguientes pautas: (i) ambas entidades tienen una administración común; (ii) una ejerce control sobre otra; (iii) mezcla de activos entre las entidades; y, (iv) participación activa en las transacciones de la otra (Sonora Diamond Corp. c. Superior Court).

---

<sup>87</sup> *Idem*, p. 96. Concordamos en este extremo con la siguiente premisa: «A criterio fue un caso típico de consentimiento implícito. De cualquier otra manera, el tribunal arbitral habría aplicado dicha teoría. Esa fue la razón por la que se tuvo que agregar un elemento adicional: que las empresas pertenezcan al mismo grupo de sociedades (lo que, en mi opinión, es absolutamente irrelevante). El consentimiento, pues, se encontraba absolutamente difuminado».

<sup>88</sup> RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 202-203.

En efecto, tal y como refiere Roxana Jiménez, es posible perforar el velo societario cuando una empresa o compañía domina o controla a sus filiales, subsidiarias u otras empresas. Esto (presencia de empresas vinculadas que formen parte de un mismo *grupo económico*) ha sido denominado por la doctrina como requisito objetivo para la aplicación del levantamiento del velo.<sup>89</sup>

Cabe resaltar que Brasil y países emergentes han incorporado la teoría del levantamiento o perforamiento del velo societario en las últimas décadas bajo las figuras de fraude o abusos, y que su aplicación beneficia a los trabajadores y autoridades fiscales.<sup>90</sup>

Conforme a la destacada buena perspectiva de los agentes económicos y la comunidad jurídica respecto de la promulgación del Código Civil de China, es pertinente señalar que el proceso de incorporación de instituciones del derecho privado por el Estado chino ya mantiene antecedentes, en consecuencia se destaca la reforma de la legislación corporativa en el periodo 2006, en la cual se promulgó disposiciones a fin de establecer la perforación del velo societario

---

<sup>89</sup> JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. (2020). En: Informe Legal. PSX vs.TAT, p. 32. Por tanto, no extender responsabilidad civil a la empresa principal significaría legalizar actos abusivos con relación al uso de la figura de la persona jurídica, con lo que, finalmente, se estaría legalizando la infracción al principio buena fe, desnaturalizándose la razón de ser de la limitación de la responsabilidad de las sociedades y distorsionándose para cruzar las fronteras del abuso del derecho.

<sup>90</sup> PARGENDLER, Mariana. *How Universal is The Corporate Form? Reflections on the Dwindling of corporate attributes in Brazil*. 20 de febrero de 2018. Recuperado de <<https://ssrn.com/abstract=3126838>> o <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3126838>>. The existing literature in this area focuses primarily on limited liability and the exceptions created by the doctrine of veil piercing. As a general matter, developing countries appear to be latecomers in recognizing exceptions to the attribute of limited liability. Recall that this was also the case in Brazil, where the doctrine only gained ground in the last few decades. However, most emerging market jurisdictions appear to have been slower than Brazil in incorporating even the most restrained version of veil piercing premised on the existence of fraud or egregious abuse<sup>3</sup>the adoption of which would lead to convergence, rather than divergence, from the norm in mature economies (p. 55).

(artículo 20 de Ley de Sociedades) que establecen la responsabilidad solidaria de los accionistas en los casos donde se acredite el abuso.<sup>91</sup>

Según Villalobos, «la teoría de grupo de contratos permite extender la cláusula arbitral de un contrato a otro que no lo contiene. Es aplicable únicamente cuando entre ellos constituyan una unidad económica indisoluble».<sup>92</sup> A nuestro criterio, la unidad económica indisoluble se expresa en la relación sólida surgida entre las empresas del grupo que mantienen vínculos generados por las inversiones, consorcios y contratos coligados que permiten mantener una estructura sólida y vinculada que, según el contrato y alcance, permitirá extender el convenio arbitral al grupo de empresas.

Conforme al derecho laboral, la jurisprudencia peruana es uniforme en establecer la teoría del levantamiento del velo societario en diferentes materias. Al respecto, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación n.º 4871-2015-Lima (Indemnización por Daños y Perjuicios), estableció que:

Existe solidaridad en las obligaciones laborales, no solamente cuando se configuren los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores.

Por lo que, en el ámbito del derecho del trabajo, la responsabilidad solidaria es el efecto jurídico o la consecuencia que se deriva de las obligaciones contraídas por algunos de los miembros de los «grupos de empresas» o de las empresas vinculadas. No existe responsabilidad solidaria por el solo hecho de ser parte del «grupo de empresas» o por

---

<sup>91</sup> Para una traducción y discusión de las disposiciones relevantes ver Wu, Mark. «Piercing China's Corporate Veil: Open Questions from the New Company Law». En *Yale Law Journal*, 2007, n.º 2, vol. 117.

<sup>92</sup> VILLALOBOS LÓPEZ, Adelina. y Mauricio PARÍS CRUZ. «La cláusula arbitral a partes no signatarias». En *Revista de Ciencias Jurídicas*, mayo-setiembre 2013, n.º 131, p. 33.

estar vinculadas económicamente con otra. La responsabilidad solidaria debe tener una razón o justificación como, por ejemplo, que se acredite el fraude, entendido como el ánimo de ocultarse bajo otra personalidad jurídica para evitar cumplir con sus obligaciones, o que una de las empresas, la que trabaja directamente con el trabajador, no tenga la suficiente capacidad económica para responder por las obligaciones, sobre todo de índole laboral que contrajo con el trabajador. En este supuesto es evidente que las empresas que conforman el «grupo de empresas» o que se encuentren vinculadas económicamente deben responder porque, así como se beneficiaron con la labor del trabajador es justo que respondan ante él.

La Superintendencia de Banca y Seguros, en la Resolución n.º 445-2000, sobre vinculación y grupo económico, señala en su artículo 8 que:

[...] se entiende por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

En esta línea, la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, en el artículo 8 de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico (Resolución SBS n.º 5780-2015), establece que:

Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos integrantes, cuando alguno de ellos ejerce control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan de manera conjunta como una unidad de decisión.

Al respecto, también se ha pronunciado la Corte Suprema en la Casación n.º 474-2003-Lima, publicada en *El Peruano* del 3 de noviembre del 2004, al señalar que:

[...] finalmente respecto del pago solidario ordenado, se debe precisar que esta solidaridad no es de naturaleza contractual y que si bien la solidaridad conforme lo determina el artículo 1183 del Código Civil debe ser establecida en forma expresa, también es cierto que conforme ha quedado establecido en el considerando precedente la obligación de pago es procesal y está dada por una sentencia atendiendo a la conexidad de las demandadas [...] y no por el carácter solidario de la obligación, se entiende por responsabilidad solidaria al vínculo obligacional que envuelve a un tercero como consecuencia de un reconocimiento expreso, un mandato legal o por la conexidad particular que existe entre el obligado, generalmente el empleador, y un tercero [...] [sic].

También, la Superintendencia de Mercado de Valores a través de su Resolución N° 090-2005-EF-94.10, de fecha 28 de diciembre de 2005, modificada por Resolución Conasev n.° 005-2006-EF-94.10, define a la vinculación como «[...] aquella relación entre dos personas, naturales o jurídicas, que conlleva a un comportamiento sistemáticamente concertado, salvo prueba en contrario [...]».

Indica, asimismo, que se presume la existencia de vinculación entre personas jurídicas cuando forman parte del mismo grupo económico, tal como se define en el artículo 7 de dicha norma, el cual establece que «[...] grupo económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales». Asimismo, por excepción, se considera que «el control lo ejerce una persona jurídica cuando, por la dispersión accionaria y de los derechos de voto de dicha persona jurídica, ninguna persona natural o conjunto de personas naturales ostente más del 30 % de los derechos de voto ni la capacidad para designar a más del 50 % de los miembros del directorio».

Estos presupuestos han sido también recogido por la Superintendencia de Banca y Seguros en su Resolución n.° 5780-2015, que aprueba

las nuevas Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, cuando refiere, en su artículo 8, que

Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos integrantes, cuando alguno de ellos ejerce control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan de manera conjunta como una unidad de decisión. Los grupos económicos se clasifican en conglomerado financiero, conglomerado mixto y conglomerado no financiero.

En este orden de ideas, en cuanto al control, se establece en el artículo 9 que:

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica u órganos que cumplan la misma finalidad en el caso de un ente jurídico. El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona o ente jurídico ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica, y en el caso de entes jurídicos en los órganos que resulten similares. El control es indirecto cuando una persona o ente jurídico tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, para aprobar las políticas operativas y/o financieras, para aprobar las decisiones sobre dividendos y otras distribuciones, para designar, remover o vetar al gerente general en el caso de personas jurídicas, o del gestor quien se encuentra facultado para el manejo de los fondos en el caso de entes jurídicos; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica, y en el caso de entes jurídicos en los órganos que resulten similares [...].

## 9. DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

La doctrina del levantamiento del velo societario tiene como núcleo y punto de común la premisa según la cual la relación entre dos o más sujetos de derecho (personas jurídicas, corporaciones generalmente) está marcada porque una de ellas ostenta un profundo control y dominación sobre el actuar de la otra, control que usa de forma fraudulenta o dolosa, abusando de la separación de personalidades jurídicas para actuar en el tráfico mercantil a través de su controlada, escudándose en el velo corporativo para evadir la responsabilidad ante terceros contratantes.<sup>93</sup>

Como bien hace alusión Ramírez, es por el uso fraudulento que, en aras de evitar un resultado inequitativo para los acreedores, se hace una excepción al principio de separación de personalidades jurídicas, desestimándose la existencia separada e independiente que por la ley tiene la sociedad y su *alter ego*, levantando el velo corporativo y teniendo al sujeto controlante como el centro de imputación de intereses y responsabilidad.<sup>94</sup>

Así también podemos señalar que tiene por objeto que el juzgador verifique si en un determinado caso existen circunstancias que evidencien el uso fraudulento del ente social a fin de eludir sus obligaciones, siendo su atribución descender el velo societario con el objeto de que los miembros que la componen respondan por los actos fraudulentos. De lo que se trata es de superar todos aquellos actos negativos generados por todas las conductas abusivas y fraudulentas que efectúan los socios en nombre de la sociedad, cuando incluso se invoque o ampare, para la realización de dichos actos fraudulentos, en la regulación establecida en nuestro ordenamiento jurídico. Con esta doctrina, lo que se vendría a obtener es un resultado justo obtenido por equidad.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge. *Op. cit.*, pp. 262-263.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> GARCÍA VICENTE, Jaime. *Responsabilidad solidaria y levantamiento del velo en la jurisdicción social*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 43.

La ficción de la personalidad jurídica de la sociedad también es muchas veces empleada

[...] para generar situaciones de abuso de derecho y fraude. Frente a ello, las prácticas judiciales desde sistemas como el anglosajón encontraron una salida: Destruir esta ficción en casos concretos. Dicha técnica, denominada el levantamiento del velo societario, ha sido importada a sistemas como el nuestro y se ha venido aplicando en distintas ramas.<sup>96</sup>

Asimismo, Hernández ha señalado que la doctrina del levantamiento del velo tiene como finalidad desescudar a quienes se encuentran detrás el formalismo jurídico de la sociedad, por haber hecho daño a terceros, debiendo tenerse en cuenta las actuaciones de buena fe.

Así, Hernández menciona que

se desarrolla en el derecho americano el concepto en palabras de Mauricio Bello: «[...] is an equitable remedy where a court may disregard the separate existence of an insolvent corporation for the purpose of imposing liability upon its shareholders for corporate indebtedness [es un remedio equitativo donde un tribunal puede ignorar la existencia separada de una sociedad insolvente para el propósito de imponer responsabilidad a sus accionistas por los daños y perjuicios causados] (2008:618)». No queda duda de que la aplicación de esta doctrina implica destruir la ficción jurídica otorgada por la ley para perseguir a las personas que están detrás de las personas jurídicas.<sup>97</sup>

El levantamiento del velo societario puede ser analizado en diferentes supuestos como cuando los activos de la compañía se encuentran representados de manera incorrecta en los estados financieros para el momento en el que suscriben las obligaciones, o cuando el reconocimiento de la personalidad jurídica independiente viola el orden público

---

<sup>96</sup> HERNÁNDEZ, Christian. «El levantamiento del velo societario en el Perú: situaciones de aplicación». En *Ius 360*, 17 enero de 2020. Recuperado de <<https://ius360.com/el-levantamiento-del-velo-societario-en-el-peru-situaciones-de-aplicacion/>>.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

o tiene el efecto de proteger a alguien de responsabilidad criminal. Asimismo, es posible analizar situaciones como el incumplimiento de formalidades societarias; inadecuada capitalización; confusión de patrimonios; superposición de dueños, directores y personal; el grado de discrecionalidad que muestra la sociedad controlante; el funcionamiento como unidades de negocios o de ganancias conjuntas; y el establecimiento de garantías por parte de la controlante respecto a deudas de la subsidiaria.

En la misma línea, cierta doctrina peruana señala como supuestos de aplicación del levantamiento de velo societario «cuando se detecta un control pleno de la sociedad, por otra entidad, empresa o alguno de sus miembros, socios o titulares, de manera tal que su autonomía jurídica no tuviera realidad significativa».<sup>98</sup>

Si bien toda persona jurídica cuenta con una barrera legal que es la limitación de responsabilidad civil frente a terceros, ella no puede ser aprovechada para hacer un uso indebido de la persona jurídica o cometer fraude a la ley. En esos supuestos, corresponderá la aplicación del levantamiento de velo societario.

La doctrina peruana e internacional coincide en que bajo la figura del levantamiento del velo societario se debe permitir a la judicatura que no amparar el fraude ni el desvío de los derechos hacia fines abusivos o antisociales. Se busca siempre proteger la buena fe creencia (de quien contrata creyendo en la apariencia ofrecida por la contraparte) y persigue que se cumpla la buena fe lealtad (la obligación de actuar de buena fe, con transparencia y rectitud y no propiciar engaños en detrimento de otros).

La mala práctica corporativa se podría presentar al iniciar relaciones contractuales y ejecutarlas bajo una tercera empresa de su dominio, ocultar información «estado de insolvencia» de su «hermano menor»

---

<sup>98</sup> HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Las personas jurídicas con fin económico». En *Ius Et Veritas*, 2001, n.º 22, p. 135.

(práctica muy usual por algunas compañías), bajo la figura del «grupo de empresas» se beneficia de una prestación, luego de ser recibida y consumida, existe la negativa de ejecutar el pago de la contraprestación. Esta conducta de impago es distante de los estándares del ejercicio de la buena fe y cumplimiento lícito del contrato.

Finalmente, a modo de diagnóstico, es pertinente atender que la buena fe y su relación con la confianza (en la negociación, celebración y ejecución de los negocios o contratos) generada bajo la expectativa y apariencia de que se estaría contratando con el respaldo del «grupo empresarial» o la «empresa principal» no siempre culmina con el cumplimiento de las prestaciones dinerarias comprometidas por los beneficiarios de alguna prestación, y sucede algo inimaginable: la contraparte contractual actúa con rechazo, dilatando o huyendo del pago de la deuda. Esta conducta de mala fe involucra el inicio de una larga cadena de reuniones y gestiones a fin de que la empresa principal o alguna vinculada, de buena fe, honre su compromiso (contratación) de cumplir con el pago de las facturas u órdenes de compras, ejerciendo el deudor o sus vinculadas «grupo de empresas» argumentos que se podrían resumir bajo las siguientes interrogantes: ¿usted tiene conocimiento que cada empresa mantiene una estructura societaria independiente? ¿Ustedes contrataron con un colaborador comercial que no conforma parte del grupo? ¿Tienen conocimiento que la empresa que deberán requerir el pago mantiene otra sede y domicilio en el extranjero? ¿Sabía usted que el señor Pérez no forma parte del grupo empresarial familiar? ¿Los funcionarios mantenían facultades para contratar? ¿Por qué no cobra a la empresa XSK a quien le brindó el servicio, pues sólo fuimos intermediarios?<sup>99</sup>

## 10. CONCLUSIONES

La buena fe contractual implica negociar y ejecutar los contratos sin la presencia de conductas fraudulentas y de engaño que generen el

---

<sup>99</sup> VIDAL RAMOS, Roger. *La regulación del convenio arbitral y su implicancia en la institucionalidad del arbitraje comercial en el Perú*, p. 245.

incumplimiento grosero del pago. En una economía globalizada, la práctica contractual permite que empresas peruanas y extranjeras, sin formalizar contratos y con la presencia de órdenes de compra, puedan contratar (bienes y servicios) bajo el ámbito de la confianza y reciprocidad, la misma que se extiende a las empresas vinculadas o del «grupo empresarial o económico», generándose, en algunas ocasiones, relaciones comerciales con menor formalidad y respaldadas por la presencia de una excelente reputación e imagen corporativa de la empresa líder o «hermano mayor». Sin embargo, al momento de la ejecución del pago (prestación dineraria), el contratante fiel ingresaría al inicio de un camino muy largo, donde ante el requerimiento de pago, la respuesta será la negativa, rechazo e incluso de un silencio absoluto, marcando el inicio de un largo camino del litigio a fin de rechazar el ejercicio de abuso y fraude en contra del pago de obligaciones dinerarias lícitas.

La práctica contractual de la buena fe guarda relación absoluta con la teoría del levantamiento del velo societario. La buena fe permite perseguir y sancionar al contratante infiel trasladándole la carga económica a quien se aprovechó del beneficio de una prestación, sin haber pagado la contraprestación; bajo la función punitiva y limitativa, la buena fe permite al juzgador o árbitro rasgar el velo societario (nunca de oficio), a pedido de parte (pretensión) a fin de recuperar la licitud y atribuir responsabilidad ante el impago de obligaciones dinerarias.

Todo acto con fraude incluye la presencia de mala fe, que consiste en la intención de perjudicar a otro, la de eludir la normal aplicación de una ley imperativa o acuerdo contractual. El ordenamiento jurídico peruano sanciona (la conducta de mala fe, el fraude y el abuso contractual) y permite, bajo el paragua de la aplicación excepcional de la teoría del levantamiento del velo societario, generar la solidaridad del pago de obligaciones dinerarias.

Las acciones procesales judiciales o arbitrales, ante el impago de la obligación dineraria generada por el deudor, en reiteradas oportunidades se encuentran referidas a un ejercicio grosero de prácticas ligadas con el engaño, fraude, abuso, perjuicio, falsedad y aprovechamiento, figuras rechazadas por dos principios del derecho civil peruano, como la prohibición del ejercicio abusivo del derecho y la vigencia de la buena fe contractual. Dentro del ejercicio del derecho societario o corporativo, la figura del levantamiento del velo societario ya mantiene una importante aplicación en el sistema jurídico peruano.

La extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios mantiene siempre una sensibilidad entre las partes del arbitraje y el tribunal arbitral por cuanto no basta sólo acreditar una posible relación contractual, «grupo de empresas o intereses», o los efectos de laudo, «causar posibles daños o afectación de derechos», el pedido del ingreso debe superar una «mediana posibilidad o escueta probanza»; es esencial apreciar que el ingreso «del no signatario» presente una probanza contundente de la vinculación contractual o empresarial efectiva, relacionada a la negociación, celebración y ejecución del contrato y que se deberá extender a una evaluación de la presencia de las personas o representantes que asumieron la toma de decisiones o directivas en las etapas contractuales antes de la controversia.

La regulación «procesal del artículo 14 de la LA» no prohíbe a las partes o a los árbitros efectuar una interpretación contractual de la vinculación en sus diversas formas (grupo de empresas o contratos coligados), pues el artículo 14 también proporciona una regulación contractual en referencia a las diferentes etapas del contrato (artículo 1362 del Código Civil peruano), el consentimiento y la buena fe contractual. La ventaja del arbitraje peruano radica en ofrecer un mayor ámbito de interpretación contractual y no exclusivamente en el aspecto procesal arbitral.

El derecho de defensa del no signatario deberá de ser ejercido, sin ningún tipo de limitación, con aporte de probanza y bajo una diligencia procesal oportuna de la presentación de diversos recursos procesales (excepción, objeción o reconsideración), conforme a la estrategia diseñada por la defensa arbitral.

## 11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

ALFERILLO, Pascual. «El vínculo entre la buena fe y la teoría general de la mala fe». En VIDAL, Roger (coordinador). En *Libro de Ponencias del XV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho, 2020. Recuperado de <https://ipdlegal.pe/pop.php?option=articulo&Hash=1d700f6e64db36f984ad0b3259696f44>.

ALVARADO GIRALDO, Jorge y Julio OLÓRTEGUI HUAMÁN. «Consentimiento implícito desde la jurisprudencia arbitral: comentarios a la primera sección del artículo 14 de la Ley de Arbitraje y algunas consideraciones vinculadas». En *Themis*, 2020, n.º 77.

BERNAL-FANDIÑO, Mariana y Sergio ROJAS-QUIÑONES. «La vinculatoriedad de un laudo arbitral frente a terceros en la doctrina del collateral estoppel». En *Bogota International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010, n.º 16, vol. 8.

BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento de velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Pamplona: Aranzadi, 1997, segunda edición.

BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Navarra: Thomson-Arazandi, 2006, cuarta edición.

BRITO NIETO, María. *El acuerdo de arbitraje: los sujetos no signatarios en los contratos coligados*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2019.

BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1978, vol. I.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la ley de arbitraje peruana». En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje. Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje*, septiembre 2012, n.º 2, año 2.

CHANG YONG, Cristina. «La responsabilidad de los accionistas por deudas tributarias: el levantamiento del velo societario en el derecho tributario». En *IX Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2006. Recuperado de <<http://www.kscounts.org/ca10/cases/1998/08/96-3166.html>>.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG». En *Lima Arbitration*, 2014, n.º 6.

CASTILLO FREYRE, Mario; ROSAS, Verónica y Massiel SILVA-SANTISTEBAN. «Los derechos procesales del tercero del art. 14 de la Ley de Arbitraje». En *Libro de ponencias del XV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2020. Recuperado de <<https://bit.ly/2SQpIJf>>.

DE GIOIA CARABELLESE, Pierre. «Il principio di separazione patrimoniale fra common law e civil law: da Salomon v. Salomon al Companies Act, passando per la società italiana nummo uno». En: *Rivista di Diritto Bancario Università degli Studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza*, 2019.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». En *Ius Et Veritas*, 2004, n.º 29.

DÍAZ RAMÍREZ, Enrique. «La personalización y despersonalización de sociedades en el derecho colombiano». En ANZOLA GIL, Marcela y otros. *Levantamiento del velo corporativo panorama y perspectivas*. El caso colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

FERREIRA, Luiz Eduardo MARTINS. «Desconsideração da personalidade jurídica: uso e abuso». En *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 2008, vol. 41.

GALLO, Paolo. *L' obbligazione. Trattato di Diritto Civile*. Torino: Giappichelli Editore, 2019, tomo II.

GARCÍA LARRIVA, Hugo. «Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica». En *Iuris Dictio*, 2013, n.º 15, vol. 13. Recuperado de <<https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.721>>.

GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe. Reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado». En *Actualidad Civil*, 2017, n.º 37.

GARCÍA VICENTE, Jaime. *Responsabilidad solidaria y levantamiento del velo en la jurisdicción social*. Barcelona: Bosch, 2003.

GUERRA CERRÓN, María Elena. *Levantamiento del velo societario*. Lima: Grijley, 2008.

HERNÁNDEZ, Christian. «El levantamiento del velo societario en el Perú: situaciones de aplicación». En *Ius 360*, 17 enero de 2020. Recuperado de <<https://ius360.com/el-levantamiento-del-velo-societario-en-el-peru-situaciones-de-aplicacion/>>.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Las personas jurídicas con fin económico». En *Ius Et Veritas*, 2001, n.º 22.

HUNTER, Martin; PINEDA, Jessica y Javier GARCÍA. «La incorporación de partes no signatarias y el carácter consensual del arbitraje: ¿cuál es la posición adoptada por las instituciones arbitrales?». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (director). *Anuario latinoamericano de arbitraje. Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2014.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. (2020). En: Informe Legal. PSX vs.TAT.

JUNIOR, Jesualdo Eduardo DE ALMEIDA. «O incidente de desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas no novo CPC». En *Revista dos Tribunais*, diciembre 2016, vol. 974, año 105.

LÓPEZ, Marcelo y José CESANO. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

MORI, Pablo y Giuseppe GALUCCIO. «El juego de las máscaras la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral*. Lima: Palestra Editores, 2016.

MORI SÁENZ, Alejandra y Marco TORRES MALDONADO. «Reflexiones acerca de la teoría del levantamiento del velo societario. A propósito de su aplicación en nuestro sistema jurídico nacional». En *Derecho y Cambio Social*, 2013, n.º 32, año 10.

NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio. *La tragedia del consentimiento*. Lima: Palestra Editores, 2019.

PARGENDLER, Mariana. *How Universal is The Corporate Form? Reflections on the Dwindling of corporate attributes in Brazil*. 20 de febrero de 2018. Recuperado de <<https://ssrn.com/abstract=3126838>> o <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3126838>>.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo. «La obligatoriedad de los contratos». En *Código Civil comentado*. Tomo VII, Gaceta Jurídica. Lima: 2020.

QUINTANILLA GUTIÉRREZ, Alejandra. «¿Existe un levantamiento del velo jurisdiccional?: el levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral y como remedio de fondo». En *Themis*, 2020, n.º 77.

RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

REDACCIÓN GESTIÓN. (6 de marzo de 2019). *Estos son los peruanos en la lista de los más ricos de Forbes*. Recuperado de <<https://gestion.pe/fotogalerias/son-peruanos-lista-ricos-forbes-260454-noticia/>>.

ROJAS ASCÓN, Miguel y Roger VIDAL RAMOS. «Apuntes sobre la acción pauliana en el Código Civil peruano de 1984». En VIDAL RAMOS, Roger (coordinador). *Libro de ponencias estudiantiles del X Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Estudio Castillo Freyre, Instituto Peruano de Derecho Civil, Lex & Iuris, 2016.

ROSEMBUJ, Tulio. *El fraude de ley, la simulación. Interpretación Económica de las Normas Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 1999, segunda edición.

RUBIO CORREA, Marcial. *Abuso del derecho*. Para Leer el Código Civil II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1985.

SCHALL, Alexander. «The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK». En *European Company and Financial Law Review*, 2016, n.º 4, vol. 13.

SILVA, Alexandre COUTO. Doutrinas Essenciais de Direito Civil. «Desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação». En *Revista dos Tribunais*, 2000, vol. 780.

SPISSO, Rodolfo. «Fraude de ley, abuso de las formas y Simulación». En CASÁS, José Osvaldo (compilador). *Interpretación económica de las normas tributarias*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

SZTAJN, Rachel. «Sobre a desconsideração da personalidade jurídica». En *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, octubre 2010, vol. 3, pp. 1239-1261.

TARTUCE, Flavio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. Río de Janeiro: Forense, 2017.

TORRE MUÑOZ, Sonia. *El levantamiento del velo societario*. Lima: Grijley, 2003.

TRONCOSO, Hernán y Carlos ÁLVAREZ. *Contratos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2014.

VALENTINO, Daniela. «La conclusión del contrato». En DÍAZ ALABART, Silvia; GABRIELLI, Enrico y Luis LEIVA FERNÁNDEZ (directores). *Elementos de los contratos. Un enfoque comparado*. Buenos Aires: La Ley - Thomson Reuters, 2020.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Contratación y arbitraje internacional*. Bogotá: Ibáñez, 2017.

VERÓN, Alberto Víctor. *Tratado de los conflictos societarios*. Parte I. Buenos Aires: La Ley, 2006.

VIDAL OLIVARES, Álvaro. «La noción de incumplimiento. Una mirada unitaria desde la idea de la vinculación contractual “garantía”». En *Estudios de derecho de contratos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de motivos y comentarios al Libro Segundo del Código Civil». En REVOREDO, Delia (compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo IV.

VIDAL RAMOS, Roger. «La excepción de incumplimiento como derecho contractual en el Código Civil peruano y su incidencia en el COVID-19». En FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ. *Derecho de los desastres: COVID-19. Tomo I: Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.

VIDAL RAMOS, Roger. «La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización». En *Actualidad Civil*, 2018, n.º 54.

VIDAL RAMOS, Roger. *La regulación del convenio arbitral y su implicancia en la institucionalidad del arbitraje comercial en el Perú*. Tesis para optar el grado de doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: 2020.

VIDAL RAMOS, Roger. «La responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema judicial peruano». En *Desafíos*, 2014, vol. 2.

VIDAL RAMOS, Roger. «La teoría del levantamiento del velo societario en el derecho peruano». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 2020, n.º 88.

VIDAL RAMOS, Roger. «Reflexiones del convenio arbitral: parte signataria y no signataria en los arbitrajes en contratación pública y privada». En *Actualidad Jurídica*, 2020, n.º 76.

VILLALOBOS LÓPEZ, Adelina. y Mauricio PARÍS CRUZ. «La cláusula arbitral a partes no signatarias». En *Revista de Ciencias Jurídicas*, mayo-setiembre 2013, n.º 131.

WAINCYMER, Jeffrey. «Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 7: Complex Arbitration». En *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Netherlands: Kluwer Law International, 2012.

WU, Mark. «Piercing China's Corporate Veil: Open Questions from the New Company Law». En *Yale Law Journal*, 2007, n.º 2, vol. 117.

# ¿PUEDE EJECUTARSE UN LAUDO CON UNA REPARACIÓN NO PECUNIARIA BAJO EL CONVENIO DEL CIADI Y/O BAJO LA CONVENCION DE NUEVA YORK?

*Alonso Bedoya Denegri\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Sobre la posibilidad de ejecutar una reparación no pecuniaria a la luz del Convenio del Ciadi.— 3. Jurisprudencia del Ciadi sobre la aplicación de reparaciones no pecuniarias y el criterio Chorzów.— 4. Aplicación supletoria de la Convención de Nueva York.— 5. Sobre la soberanía de los Estados y los límites en la ejecución de reparaciones no pecuniarias.— 6. Conclusiones.— 7. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

El motor de la economía global es la inversión extranjera. La globalización y proliferación de nuevas tecnologías ha contribuido a que economías emergentes como el Perú se desarrollen. Para esto se necesitan grandes proyectos de infraestructura como la construcción de carreteras

---

\* Catedrático del curso de Arbitraje en la Universidad San Ignacio de Loyola y en la Universidad de San Martín de Porres. Realizó un LLM en Comparative & International Dispute Resolution en la Universidad Queen Mary de Londres, con un enfoque en arbitraje de inversiones, comercial y de disputas en construcción. En el año 2018 se desempeñó como abogado pasante en el área de Arbitraje Internacional de la firma Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP (Wilmerhale LLP). Pertenece a la nómina de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, de la Cámara de Comercio Americana del Perú y del *Centro de Análisis y Resolución de Conflictos* (CARC) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adicionalmente, forma parte del Chartered Institute of Arbitrators del Reino Unido, es miembro del Directorio de Árbitros del London Court of International Arbitration y de la nómina de árbitros del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur.

y la explotación de recursos naturales como el petróleo, gas y *commodities* (oro, plata, cobre, etc.). En otras palabras, sin inversión extranjera, el grueso de la productividad nacional se paralizaría y no se podría cumplir con las expectativas que el Estado genera en los ciudadanos.

En las últimas dos décadas, la inversión en los países en vías de desarrollo ha crecido a un ritmo sorprendente debido, principalmente, a la globalización que han generado muchos tratados bilaterales, multilaterales y de libre comercio entre naciones. Esto ha conllevado a un aumento en el comercio exterior, el cual puede ser definido como *el conjunto de transacciones de naturaleza comercial y financiera, que implica el intercambio de bienes y servicios entre un país en particular con otras naciones para cubrir sus necesidades de mercado.*

El comercio internacional está regulado por leyes, tratados, acuerdos internos y acuerdos internacionales entre países que buscan simplificar sus procesos y cubrir la demanda interna que la producción nacional no puede satisfacer por sí sola. Esto permite la generación de mayores ingresos para los Estados, quienes adquieren la necesidad de modernizar su propia infraestructura para satisfacer las crecientes demandas de la gente. Esta promoción de la inversión ha dado lugar a muchas alianzas de inversión (como *joint ventures* o *holdings*), que se crean específicamente para abastecer un Estado inversor con sus principales necesidades.

Las inversiones extranjeras suelen tardar en asentarse en la economía local y usualmente comienzan a rendir frutos en el transcurso de algunos años, lo cual significa que la empresa que invierta en un país no verá el fruto de su inversión a corto plazo. Lo mismo puede decirse respecto del beneficio para el país en donde las inversiones se llevan a cabo. Por ejemplo, la construcción de un ferrocarril que conecte el norte y sur del país costaría billones y probablemente su construcción no estaría lista antes de una década. Por tanto, el usuario final (la población) no podrá hacer uso de tal infraestructura hasta que esté culminada. En

consecuencia, Estado e inversionista conviven durante años, por lo que llevar la fiesta en paz, en principio, conviene a los intereses de ambos.

Naturalmente, tan idílica situación es casi imposible. La existencia de tanta inversión durante años genera tensiones que pueden desembocar en pleitos que podrán ser resueltos o no en tribunales arbitrales. Estas tensiones pueden incrementarse aún más cuando están manchadas con el barro de la política.

Definitivamente, el inversor extranjero no querrá resolver ninguna de estas disputas ante un tribunal nacional, el cual no le otorga ninguna garantía de imparcialidad, ya que los tribunales nacionales tienden a no pronunciarse contra sus propios intereses estatales.

Aunado a ello, están las ya conocidas taras que aquejan a los tribunales nacionales: excesiva burocracia, falta de especialización de los jueces y, por supuesto, corrupción. Así las cosas, las disputas de inversión son propensas a resolverse en los foros de arbitraje donde un organismo imparcial analiza los méritos del caso e intenta resolver el conflicto de conformidad con un Acuerdo de Inversión Bilateral firmado por los países u otra legislación sobre inversión (ya sean normas internas del Estado anfitrión o internacionales, de acuerdo con otros tratados suscritos entre las partes).

Para proteger la inversión extranjera muchas naciones han adoptado leyes de protección de la inversión, suscrito tratados bilaterales de inversión (TBI), así como acuerdos internacionales. Sobre estos últimos, tenemos al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Tratado de la Carta de la Energía (TCE) y la Convención del Ciadi o Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (éste último es el más relevante para el objeto del presente ensayo).

Todos los tratados mencionados anteriormente están equipados para promover la inversión extranjera y proteger al inversor extranjero

contra medidas injustas y discriminatorias, así como dispensarle con las garantías de justicia y equidad, trato nacional, trato de la nación más favorecida, protección contra la expropiación ilegal o no compensada; también se otorgan beneficios fiscales, entre otros.<sup>1</sup>

Hay que mencionar que el Convenio del Ciadi entró en vigor el 10 de octubre de 1966 y hasta la fecha más de 161 países lo han suscrito. Su objetivo principal es proporcionar facilidades para la conciliación y el arbitraje de disputas de inversión entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes, con el fin de brindar una protección sustancial al inversor.<sup>2</sup> Sin duda, el Ciadi constituye hoy el foro principal en el que se resuelven las disputas de inversión.

La principal ventaja del arbitraje del Ciadi es su eficiencia procesal, al evitar la incertidumbre que genera la interferencia judicial local que muchas veces termina por politizar la disputa. El Ciadi tiene un sistema autónomo que hará que el laudo final se ejecute como consecuencia de este sistema, ya que existe una convención internacional que respalda su jurisdicción. Es decir, no es necesario seguir un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudo para que tenga efectos.

Otro rasgo principal del arbitraje del Ciadi es que, aunque una parte (probablemente un Estado soberano) no quiera cooperar con los procedimientos, dicha institución cooperará y hará que el arbitraje funcione sin problemas. Además, el arbitraje del Ciadi es reconocido por su transparencia, principalmente porque los laudos son de acceso público, lo que lo diferencia principalmente de otros foros arbitrales que respaldan la confidencialidad del proceso y el laudo.

Así, han pasado más de cincuenta años desde que se redactó el Convenio del Ciadi y, sin embargo, todavía no existe una opinión

---

<sup>1</sup> Cfr. LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

<sup>2</sup> ICSID Convention, artículo 1.

pacífica en la comunidad de arbitraje internacional sobre si los laudos del Ciadi pueden o no hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias. La tendencia generalmente favorece la posición que los tribunales del Ciadi no pueden hacer cumplir las medidas de reparación no pecuniarias; no obstante, muchos autores disienten con una interpretación restrictiva del artículo 54 del Convenio del Ciadi.

El primer párrafo del artículo 54 del Convenio del Ciadi establece:

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las *obligaciones pecuniarias* impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. (Resaltado agregado)

En mi opinión, uno de los mayores vacíos de la convención es la falta de poder expreso otorgado a los tribunales arbitrales para hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias en virtud del Convenio del Ciadi, tal como refleja la redacción del citado artículo 54 del Convenio. En ese sentido, la pregunta cae de madura: ¿pueden los tribunales arbitrales del Ciadi dictar medidas no pecuniarias en sus laudos?

Por reparación no pecuniaria debe entenderse de manera enunciativa y no limitativa, todo tipo de reparación o compensación no monetaria, como por ejemplo, medidas cautelares, poder restringir los procedimientos de arbitraje paralelos, congelación de activos del Estado demandado, exenciones provisionales como gravámenes, obligaciones de no hacer, etc.

El objetivo principal de este trabajo es: 1) analizar si el arbitraje del Ciadi puede o no hacer cumplir reparaciones no pecuniarias, utilizando la opinión de varios autores; 2) repasar jurisprudencia relevante del Ciadi y del derecho internacional relativa al poder de sus tribunales para hacer cumplir reparaciones no pecuniarias; 3) analizar si la Convención de Nueva York (cuyo objetivo principal es hacer cumplir los laudos

comerciales extranjeros) puede aplicarse supletoriamente para ejecutar las reparaciones no pecuniarias del Ciadi; 4) desarrollar el argumento de la soberanía de los Estados como supuesta limitación para la ejecución de laudos no pecuniarios.

## **2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE EJECUTAR UNA REPARACIÓN NO PECUNIARIA A LA LUZ DEL CONVENIO DEL CIADI**

Como se mencionó anteriormente, existen dos corrientes de opinión entre la comunidad de árbitros de inversión, académicos y profesionales legales con respecto al contenido de la reparación en los laudos.

La primera se basa claramente en un alcance limitado en los poderes que tiene un tribunal arbitral. Para ellos, un tribunal arbitral no cuenta con facultades otorgadas por el Convenio del Ciadi para hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias, por lo tanto, sólo pueden limitarse a recomendar ciertas reparaciones no pecuniarias, pero no imponer tales obligaciones. El argumento principal que sustenta esta posición se basa en la forma en que se redactó el artículo 54 de la Convención. Si se hace una interpretación restrictiva del texto, se entiende que la Convención sólo puede hacer cumplir las obligaciones pecuniarias impuestas en los laudos:

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las *obligaciones pecuniarias* impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. (Resaltado agregado)

En este sentido, es más común en arbitrajes de inversión que el remedio típico se encuentre en la forma de una compensación o reparación en forma de daños. Las medidas no pecuniarias, como el cese de una actividad, el cumplimiento específico o una sanción declarativa no

son comunes.<sup>3</sup> Esto responde, principalmente, a la forma en que se redacta el reclamo del inversor, quien probablemente no estará a la expectativa de que el Estado anfitrión devuelva un pedazo de tierra expropiado o que el Estado que dejó de hacerlo otorgue un trato justo y equitativo. Esto se debe a que el inversor no se sentiría cómodo operando en un país que no respeta sus acuerdos. Por tanto, el inversionista siempre se sentirá más seguro al reclamar daños por el incumplimiento del tratado y de ese modo poder amortizar la inversión realizada y acto seguido dejar de operar en ese Estado, puesto que seguir operando en un país que no respeta sus obligaciones sería exponerse a otro incumplimiento futuro.

Otra razón importante por la cual las reparaciones no pecuniarias no se ven a menudo en los arbitrajes del Ciadi es que los inversores extranjeros prefieren la solución más práctica: reclamar daños es mucho más fácil que, por ejemplo, obtener la restitución de propiedad o un derecho de inversionista otorgado por un tratado de inversión bilateral que ya ha sido liquidado o dañado.<sup>4</sup> A los inversores no les importa mucho el hecho de ganar un caso contra un Estado. No tiene relevancia práctica ni financiera para ellos, ya que el curso de acción más lógico es reclamar daños y recuperar el dinero invertido o, al menos, la mayor parte de éste. Así no se gasta tiempo y recursos en un procedimiento de arbitraje más exhaustivo que puede incluso no ser acatado por los tribunales nacionales del Estado infractor; asimismo, el inversor se evita una larga y laboriosa búsqueda de activos del Estado infractor (fuera de dicho Estado) que puedan ser pasibles de incautación y liquidación.

---

<sup>3</sup> Cfr. MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004; ENDICOTT, Martin. «Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards». En WÄLDE, Thomas y Philippe KAHN. *New Aspects of International Investment Law*. Boston: Brill, 2007.

<sup>4</sup> Cfr. ALLEN, Brooks E. «The Use of Non-pecuniary Remedies in WTO Dispute Settlement: Lessons for Arbitral». En *ASA Special Series, Performance as a Remedy*, mayo 2011, n.º 30.

Por otro lado, existe otra posición en el ámbito del arbitraje de inversiones que argumenta que los tribunales arbitrales del Ciadi pueden ordenar perfectamente medidas variadas, desde reparaciones monetarias hasta todo tipo de restituciones. Entre éstas últimas se encuentran el cumplimiento específico o el cese de una actividad lesiva, siempre con el fin de restituir la situación jurídica del demandado al estado anterior a la lesión. Esta decisión debería ser vinculante para las partes y poseer los efectos de la cosa juzgada. Bajo esta óptica, la capacidad de ordenar reparaciones no pecuniarias es inherente a los tribunales arbitrales del Ciadi y no tiene asidero el argumento de que la aplicabilidad de los laudos del Ciadi está limitado por el ejercicio de la soberanía del Estado infractor.<sup>5</sup>

Además, el TLCAN, en su artículo 1135, así como en el artículo 26 (8) del Tratado sobre la Carta de la Energía declaran de manera similar que un tribunal puede pagar daños monetarios en lugar de «restitución». Bajo esta premisa, si otra legislación internacional permite a los tribunales ordenar medidas diferentes a los daños monetarios, no hay razones para pensar que esta posibilidad le esté proscrita al Ciadi.

### **3. JURISPRUDENCIA DEL CIADI SOBRE LA APLICACIÓN DE REPARACIONES NO PECUNIARIAS Y EL CRITERIO CHORZÓW**

En la jurisprudencia del Ciadi ha habido algunos casos en los que se ha establecido que los tribunales están facultados para emitir remedios no monetarios. En el caso *Antoine Goetz vs. Burundi*,<sup>6</sup> los inversores belgas poseían una empresa en Burundi a la que se le otorgó un certificado de zona franca con algunas exenciones fiscales y aduaneras; posteriormente, éste fue retirado por Burundi, lo que dio origen a un

---

<sup>5</sup> SCHREUER, Christoph. «Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration». En *Arbitration International*, vol. 20, n.º 4, 1 de diciembre del 2004, pp. 325-332, <<https://doi.org/10.1093/arbitration/20.4.325>>.

<sup>6</sup> *Antoine Goetz et consorts vs. République du Burundi*, ICSID Caso n.º ARB/95/3 (2000).

arbitraje Ciadi. El reclamo principal fue la anulación de la decisión que retiró el certificado de zona franca.

Aunque hubo negociaciones de acuerdo entre las partes, el tribunal emitió una decisión provisional sobre responsabilidad. La decisión de retirar el certificado fue considerada equivalente a una expropiación a la luz del TBI firmado entre Bélgica y Burundi. Por tanto, el tribunal le dio a Burundi la opción de pagar una indemnización justa o revocar el retiro de los certificados. Ésta última fue, sin duda, una forma de alivio no pecuniario:

[...] it falls to the Republic of Burundi, in order to establish the conformity with international law of the disputed decision to withdraw the certificate, to give an adequate and effective indemnity to the claimants as envisaged in Article 4 of the Belgium-Burundi investment treaty, unless it prefers to return the benefit of the free zone regime to them. The choice lies within the sovereign discretion of the Burundian government. If one of these two measures are not taken within a reasonable period, the Republic of Burundi will have committed an act contrary to international law the consequences of which would be left to the Tribunal to ascertain.<sup>7</sup>

Hay aún más jurisprudencia que sostiene el poder de los tribunales Ciadi para hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias. En el caso *Enron vs. Argentina*, éste último argumentó que al tribunal no se le otorgó el poder de ordenar medidas cautelares. El Estado argentino sostuvo que si el tribunal determina que hubo una expropiación, la única acción que podrían ordenar es determinar la compensación correspondiente y no ordenar determinaciones no pecuniarias. Sin embargo, el tribunal arbitral expresó la siguiente opinión:

An examination of the powers of international courts and tribunals to order measures concerning performance or injunction and of the ample

---

<sup>7</sup> *Idem*, fundamento 133.

practice that is available in this respect, leaves this Tribunal in no doubt about the fact that these powers are indeed available.<sup>8</sup>

En caso de duda sobre si los tribunales del Ciadi pueden ordenar y hacer cumplir una reparación no pecuniaria —como se mencionó anteriormente— no debería hacerse una interpretación literal del artículo 54 de la Convención, ya que fue la intención de los redactores otorgar poderes a los tribunales del Ciadi para hacer cumplir este tipo de alivio si es necesario.<sup>9</sup>

Es erróneo interpretar el artículo 54 del Convenio del Ciadi de manera restrictiva. Sugerir que los tribunales de inversión del Ciadi no tienen poderes suficientes para ordenar el cese de una actividad lesiva u ordenar un cumplimiento específico es obviar la naturaleza de la reparación integral, así como el criterio Chorzów, a partir del cual se estableció como un principio del derecho internacional la restitución integral, la que tiene como cometido reestablecer la situación jurídica de la víctima antes del daño. Según este criterio, las sanciones empleadas para alcanzar la situación jurídica del dañado serán reparaciones monetarias o restituciones según lo que exija las características del caso concreto:

The essential principle contained in the actual notion of an illegal act—a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals—is that reparation must, as far as possible, wipe-out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in

---

<sup>8</sup> Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. vs. Argentine Republic, ICSID Case n.º ARB/01/3 (2004), fundamento 79.

<sup>9</sup> Aunque estamos hablando de remedios no pecuniarios, no debe confundirse con una orden judicial contra la demanda. La principal diferencia es que ésta última es una medida contra una parte que tiene o está a punto de iniciar un reclamo ante el tribunal de otro Estado en violación del acuerdo de arbitraje, pero no contra el tribunal nacional o el Estado.

place of it-such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.<sup>10</sup>

Asimismo, de lo anterior se sigue que en el caso Chorzów se haya establecido la posibilidad para el dañado de optar por una restitución o por una reparación por daños:

The Party who has been dispossessed has a choice of remedies. He may claim restitution of the property taken. This is what is meant by *restitutio in integrum*. He may on the other hand abandon any claim to restitution of the actual property and claim damages instead.<sup>11</sup>

Y es que, en efecto, no hay buenas razones en el horizonte para pensar que un laudo del Ciadi de contenido no pecuniario no pueda ejecutarse. En términos legislativos, la única razón aparente es la literalidad del artículo 54 de la Convención, la que es fácil de circunvalar con una adecuada interpretación que contemple el fin de la reparación integral y la casuística de los tribunales Ciadi y del derecho internacional.

#### **4. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK**

Pese a las razones anteriores, si se estuviera ante el escenario de que los tribunales no tengan la autoridad para hacer cumplir las medidas inmateriales, existe otra alternativa en la que puede confiar la parte prevaleciente. La Convención de Nueva York es el último recurso en el que una parte puede confiar como plan de contingencia en caso los tribunales del Ciadi requieran aplicar medidas no pecuniarias.

La Convención de Nueva York en su artículo III establece:

Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las

---

<sup>10</sup> Factory at Chorzow (Germ. v. Pol.), P.C.I.J. (ser. A) n.º 17 (1928); fundamento 125.

<sup>11</sup> *Idem*, fundamento 207.

normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes.

Este Convenio no contiene limitaciones ni hace distinciones sobre el tipo de obligaciones —pecuniarias o no pecuniarias— que debe contener un laudo para su ejecución; por tanto, se trata de un instrumento legal idóneo para la ejecución de sanciones no pecuniarias que sirve de válvula de escape en caso se haya cerrado la posibilidad de ejecución mediante el Convenio Ciadi u otros acuerdos.

Por otro lado, la Convención de Nueva York en su artículo I.3 establece que todo Estado «Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno». Este artículo recoge la reserva comercial por medio de la cual un inversor puede toparse con la sorpresa de que el tribunal competente para otorgarle el *exequatur* se lo deniegue. Entonces, la pregunta inevitable es si un arbitraje de inversión puede considerarse comercial y así superar la reserva comercial.

Sobre el particular no hay una definición precisa para delinear el carácter de «comercial» en la Convención de Nueva York. Lo normal es ver un acuerdo entre una corporación de inversionistas extranjeros y un Estado mediante cláusulas internacionales típicas (p. ej. de la ICC o la LCIA); no obstante, ante una disputa, por lo general la empresa inversora extranjera dependerá de un TBI para iniciar un arbitraje de inversión en un foro del Ciadi.<sup>12</sup> Esto puede deberse a varias razones, como que el procedimiento de arbitraje del Ciadi es menos costoso que un procedimiento de la CCI, el TBI brinda a la parte inversionista extranjera garantías adicionales como el trato más favorable, trato justo

---

<sup>12</sup> Cfr. BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. «Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?: The Lalive Lecture 2012». En *Arbitration International*, 2012, n.º 4, vol. 28, pp. 577-590.

y equitativo, protección contra cláusulas de expropiación, etc. y, como se mencionó anteriormente, el Ciadi tiene un sistema autónomo que hace a la ejecución del laudo más probable de cumplirse.

En definitiva, y asumiendo que la reserva comercial no sea un impedimento, el Convenio de Nueva York es un soporte legal importante que permitiría la ejecución de un laudo no pecuniario en el supuesto de que ésta se haya denegado en virtud del Convenio Ciadi.

## **5. SOBRE LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS Y LOS LÍMITES EN LA EJECUCIÓN DE REPARACIONES NO PECUNIARIAS**

Otra de las principales razones arrojadas para no aceptar la ejecución de reparaciones no pecuniarias es la soberanía de los Estados. Esto, aparentemente, constituye un freno en la ejecución de obligaciones impuestas al Estado. Sin duda que la soberanía reivindica a los Estados, otorgándoles un poder importante.

Primero debemos diferenciar entre la soberanía como concepto constitucional y como concepto del derecho internacional. El primero se refiere al poder indelegable que tiene cada Estado para fabricar sus propias normas, mientras que en la esfera internacional, la soberanía alude a la capacidad que tiene un Estado, precisamente, para asumir compromisos internacionales.

Guastini define a la soberanía como sigue:

La soberanía de los estados [sic], en tanto presupuesto de la aplicabilidad de normas internacionales, es precisamente la *conditio sine qua non* de la existencia de obligaciones internacionales, y entonces de limitaciones jurídicas, para los estados. Es decir, la soberanía internacional no excluye, sino implica limitaciones jurídicas.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> GUASTINI, Riccardo. «Ernesto Garzón Valdés sobre la soberanía. Un comentario». En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2007, pp. 117-121.

Es decir que es la soberanía la que permite imponerle obligaciones a un Estado en primer lugar, de modo que la imposición de obligaciones o sanciones no comporta automáticamente quitarle soberanía a los Estados. Se suele entender el problema de la soberanía como una injerencia en la jurisdicción del Estado; no obstante, la resolución de una disputa mediante la vía arbitral no significa quitarle jurisdicción a un Estado, ésta sigue intacta, es sólo que dicha jurisdicción en estos casos simplemente no la tiene el Estado.

Preguntémonos, ¿en qué medida, por ejemplo, obligar a un Estado a devolver un pedazo de tierra es una injerencia en su soberanía? Nótese que se ha usado el ejemplo más notorio posible de injerencia (la entrega de terreno). En la medida que se trate de un terreno ilegítimamente expropiado al inversor, de ninguna manera se infringe la soberanía del Estado; primero, porque el Estado no es el que ha fallado sobre el destino del terreno (sino un tribunal privado o internacional) y, segundo, porque el derecho de propiedad en el caso concreto le pertenece al inversor, por tanto no se le está quitando nada al Estado.

En suma, el argumento de la injerencia en la soberanía de los Estados nace de un miedo infundado, pero una mirada de cerca al problema debería poder despejar el miedo, con lo cual las reparaciones no pecuniarias son perfectamente compatibles con la soberanía de los Estados.

## 6. CONCLUSIONES

La primera parte de este artículo analizó si los tribunales del Ciadi podían hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias. Al respecto, nos encontramos con dos corrientes de opinión.

La primera establece que los tribunales del Ciadi no están facultados por el Convenio del Ciadi para hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias y que todo lo que pueden hacer es otorgar una reparación pecuniaria en forma de daños. A lo mucho, estos tribunales arbitrales pueden

exhortar al Estado soberano para que cese la acción u omisión cuyo resultado está causando daños al inversionista.

Por otro lado, existe la opinión de que los tribunales del Ciadi pueden hacer cumplir las reparaciones inmateriales y que los árbitros no deben hacer una interpretación limitada y literal del artículo 54 del Convenio del Ciadi, por tanto, deben interpretar dicho artículo con el artículo 53 (que establece el cumplimiento obligatorio de los laudos). Como resultado, si el inversionista extranjero reclama una reparación no pecuniaria contra un Estado, entonces el panel del Ciadi tendría que poder dar cumplimiento a esa decisión si los méritos del caso lo permiten.

Otra razón convincente por la cual los tribunales del Ciadi tienen las atribuciones para otorgar reparaciones no monetarias nace del hecho de que otras legislaciones sobre inversión permiten que los paneles arbitrales apliquen reparaciones no monetarias (como el TLCAN y el Tratado de la Carta de la Energía); entonces, ¿por qué los tribunales del Ciadi no pueden aplicar medidas similares?

Sin lugar a dudas, existe una amplia gama de posibilidades de obligaciones inmateriales que se pueden imponer, como la restitución de bienes incautados, la devolución de una licencia o la no recaudación de impuestos irrazonables, así como la concesión de un permiso para transferir divisas y la interrupción del hostigamiento hacia el personal del inversor.<sup>14</sup> Es decir, sí existen las formas de reparaciones no pecuniarias como herramientas útiles y listas para usarse. Sólo falta la habilitación normativa.

Distinto es que los tribunales del Ciadi usualmente impongan obligaciones pecuniarias en sus laudos; esto responde a una mecánica diferente, mas no a la incapacidad de hacer cumplir las reparaciones no

---

<sup>14</sup> SCHREUER, Christoph. «Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration». En *Arbitration International*, 2004, n.º 4, vol. 20, 325-332.

pecuniarias. Esto se hace principalmente porque los inversionistas extranjeros prefieren estructurar sus reclamos en términos monetarios, principalmente, porque es mucho más práctico (tiene mayor sentido financiero) que reclamar reparaciones no pecuniarias. No obstante, eso no significa que los tribunales del Ciadi carezcan del poder para imponer reparaciones no monetarias.

Por lo demás, existe jurisprudencia sobre la materia que privilegia la posición mediante la cual se le da alternativas al dañado para que, según las características del caso, elija entre una reparación, una restitución o una mezcla de ambas. Lo contrario limitaría el Convenio del Ciadi y al arbitraje de inversión como institución a una mera organización cuyo único objetivo es otorgar una compensación a un inversor cuyos derechos han sido violados. Esto soslaya que en el derecho internacional el fin último de la resolución de una disputa es hacer prevalecer la situación jurídica del dañado previa a la lesión y que, según el caso, ésta podrá alcanzarse con una reparación monetaria o con una restitución (o incluso una mezcla de ambas), ya que en el fondo ambas son medios para reestablecer la situación jurídica previa al daño.

Sin perjuicio de lo anterior, existe una forma alternativa de hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias del Tribunal Ciadi a través de la Convención de Nueva York. Aunque el alcance de la Convención de Nueva York se limita a las diferencias «comerciales», es seguro afirmar que las actividades de inversión de un inversor extranjero en otro Estado deben considerarse comerciales, por lo que no debería haber ningún problema en ese sentido. Naturalmente, debemos tener en cuenta que tanto el inversionista extranjero como el Estado anfitrión deben ser miembros de la Convención de Nueva York; de lo contrario, esta forma alternativa no podría usarse como un medio para hacer cumplir las reparaciones no pecuniarias.

Finalmente, el argumento de que las reparaciones no pecuniarias atentan contra la soberanía de los Estados se trata, en realidad, de una

preocupación infundada. Un acercamiento al problema revela que al ejecutarse estas reparaciones no se pone en riesgo la soberanía de los Estados y que, más bien, es precisamente la soberanía (entendida como la capacidad de contraer obligaciones internacionales) la que permite la ejecución de obligaciones no pecuniarias.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLEN, Brooks E. «The Use of Non-pecuniary Remedies in WTO Dispute Settlement: Lessons for Arbitral». En *ASA Special Series, Performance as a Remedy*, mayo 2011, n.º 30.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. «Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?: The Lalive Lecture 2012». En *Arbitration International*, 2012, n.º 4, vol. 28, pp. 577-590.

ENDICOTT, Martin. «Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards». En WÄLDE, Thomas y Philippe KAHN. *New Aspects of International Investment Law*. Boston: Brill, 2007.

GUASTINI, Riccardo. «Ernesto Garzón Valdés sobre la soberanía. Un comentario». En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2007, pp. 117-121.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

MCLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y Matthew WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

SCHNEIDER, Michael. «Court Actions in Defence Against Anti-Suit Injunctions». En GAILLARD, Emmanuel. *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*. Nueva York: Juris Publishing, 2005.

SCHREUER, Christoph. «Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration». En *Arbitration International*, 2004, n.º 4, vol. 20, pp. 325-332.

# ¿CONCILIAR O ARBITRAR? ANÁLISIS DEL COSTO-BENEFICIO EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS

*Luis Enrique Ames Peralta\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Solución de controversias en contratación del Estado.— 3. Motivo de la modificación realizada por el Decreto Legislativo n.º 1341.— 4. ¿El Estado pierde por el arbitraje?— 5. ¿Cuánto está en juego?— 6. Conciliación.— 7. Reestructuración del Sistema de Defensa Jurídica del Estado.— 8. La no interposición del recurso de anulación.— 9. La Procuraduría Especializada en Arbitraje.— 10. Transferencia de procesos a la Procuraduría Pública Especializada en Arbitraje.— 11. Necesidad de realizar un adecuado análisis costo-beneficio.— 12. Pertinencia de recurrir a especialistas para realizar el análisis costo-beneficio.— 13. Conclusión.— 14. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el caso de las contrataciones que realiza el Estado (Perú), reguladas por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la

---

\* Abogado, adjudicador, árbitro del RNA-OSCE y de diversas instituciones arbitrales. Ex secretario técnico de Arbitra Perú. Excoordinador en el Consejo de Defensa Jurídica del Estado, exintegrante del Sistema de Coordinación y Respuesta de Estado en Controversias Internacionales de Inversión (Sicreci). Especialista en ADR, arbitraje, junta de resolución de disputas, derecho de la construcción. Asociado del Chartered Institute of Arbitrators - ACI Arb del Club Español del Arbitraje - CEA y de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción - ALDEC.

Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE), se tiene que los mecanismos de solución de controversias son la conciliación, el arbitraje y las juntas de resolución de disputas, pero en el presente artículo no ahondaré en éstas últimas.

De los centenares de miles de procesos de selección que convocan las entidades públicas en el marco de la LCE, un porcentaje muy elevado termina en una controversia que en generalidad es llevada a un arbitraje para su solución.

El arbitraje como mecanismo de solución de controversias resulta a todas luces más eficiente que el órgano jurisdiccional por sus diversas ventajas frente a la jurisdicción ordinaria.

No obstante, en los últimos años, en centenares de procesos arbitrales, el Estado peruano ha perdido y ha sido condenado a pagar ingentes sumas de dinero a favor de los contratistas.

Así, por ejemplo, tenemos que se ha observado el incremento del número de arbitrajes en los que el Estado interviene como parte, registrándose un total de 1419 casos en los últimos 5 años, en 125 procuradurías a nivel nacional, periodo de tiempo en el cual se ha verificado que el Estado ha sido condenado al pago de un total de S/ 507 324 049,72.<sup>1</sup>

Si bien no es un aspecto actual que el Estado peruano pierde procesos arbitrales y es condenado a pagar sumas importantes de dinero a favor de los contratistas, y tampoco es algo novedoso tratar de conocer las razones del escenario antes comentado, sí es reciente que se ha tratado de hacer más eficiente el accionar del Estado frente a una controversia, ya sea analizándola a fin de no ir a un arbitraje o generando una mejor defensa a través de una procuraduría especializada.

---

<sup>1</sup> Exposición de motivos del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, pp. 1 y 2.

## 2. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN CONTRATACIÓN DEL ESTADO

El numeral 45.1 del artículo 45<sup>2</sup> de la LCE establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Si bien la redacción del artículo antes mencionado nos lleva a interpretar que recurrir a cualquiera de estos mecanismos de solución de controversias es independiente y no necesariamente se tiene que recurrir de forma previa a la conciliación para luego ir a arbitraje, siempre se ha observado en las entidades públicas su desinterés en tratar de conciliar y buscar una solución a la controversia a fin de evitar el arbitraje, que implica un tiempo dilatado y mayores costos.

Pese a la experiencia del Estado en procesos arbitrales y la condena a pagar importantes sumas de dinero a los contratistas, las entidades han preferido recurrir al arbitraje para solucionar las controversias que surgían en los contratos en el marco de la LCE.

En variadas ocasiones se ha tenido que las entidades han optado por recurrir a un proceso arbitral por el hecho de evitar que se involucre quizás inmerecidamente a los funcionarios o servidores que participaron y optaron por conciliar una controversia, ello ante una denuncia penal por supuesta comisión del delito de colusión o ante una determinación de supuesta responsabilidad administrativa establecida por el órgano de control institucional.

---

<sup>2</sup> Artículo 45.- «Medios de solución de controversias de la ejecución contractual  
45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje».

Así, la conciliación se veía como una situación que llevaba a denuncias penales o acciones administrativas a quienes habían solucionado una controversia a través de este mecanismo, con lo cual quedó un mensaje de que era mejor recurrir a un proceso arbitral para evitar la denuncia penal y la responsabilidad administrativa.

Podemos señalar que este mensaje inadecuado generó que muchas controversias que podían ser resueltas de forma rápida y temprana sin demandar más gasto al Tesoro Público, finalmente, terminaran por sumar más ceros a las condenas previas que ya tenía el Estado.

### **3. MOTIVO DE LA MODIFICACIÓN REALIZADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1341**

Lo particular del tema es que con la LCE antes de enero de 2017, dicha norma no contaba con ninguna disposición que determinara la necesidad de priorizar la solución de la controversia y evitar mayores costos al erario nacional.

El 7 de enero de 2017 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo n.º 1341, que introducía modificaciones a la LCE, entre éstas, la norma bajo comentario modificó el artículo 45 y estableció el numeral 45.5<sup>3</sup> que señalaba taxativamente que habiéndose presentada una propuesta de conciliación por el contratista, la entidad debía

---

<sup>3</sup> Artículo 45.- «Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

[...]

45.5 La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a lo dispuesto en la directiva que se apruebe para tal efecto.

Presentada una propuesta de conciliación por el contratista, la Entidad debe proceder a realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

Constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede».

proceder a realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

La exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1341<sup>4</sup> señala que se establece como obligación de la entidad realizar un análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible, luego de que el contratista haya presentado una propuesta de conciliación.

Con esta disposición se busca impedir que las entidades prosigan con la vía arbitral en aquellos casos en los que, como resultado de la evaluación del costo-beneficio, se determine que la posición de la entidad no será acogida o amparada en dicha vía, evitando así que el Estado incurra en costos innecesarios y se exponga a los riesgos propios de seguir un proceso cuya expectativa de éxito es mínima o inexistente.

Se precisa que constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral si como resultado del análisis costo-beneficio se determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede.

La razón de la incorporación del numeral 45.5 a través del Decreto Legislativo n.º 1341, era la de:

- i. Evitar que el Estado incurra en costos innecesarios.
- ii. Evitar la exposición a los riesgos propios de seguir un proceso cuya expectativa de éxito es mínima o inexistente.

---

<sup>4</sup> Exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1341, p. 22.

Con lo cual queda demostrado que se debía priorizar la solución de la controversia, optando por una vía rápida y temprana como lo es la conciliación, y en la cual los costos son ínfimos para las partes.

Esta disposición se mantiene en el numeral 45.12 del artículo 45<sup>5</sup> de la LCE, la cual prescribe que durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

De lo expuesto se advierte que la finalidad de la LCE es que las controversias se solucionen de forma rápida, lo cual, incluso, se corrobora con lo establecido en el numeral 45.13 del artículo 45<sup>6</sup> de la LCE que establece que constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede.

Es conocido que en el Perú no se tiene enraizada una cultura de solución de controversias a través de la conciliación y que siempre se

---

<sup>5</sup> Artículo 45.- «Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

[...]

45.12 La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la Entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. En ambos casos, se puede solicitar opinión de la procuraduría pública correspondiente o la que haga sus veces».

<sup>6</sup> Artículo 45.- «Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

[...]

45.13 Constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede. El reglamento establece otros criterios, parámetros y procedimientos para la toma de decisión de conciliar».

prefiere recurrir a un tercero para que sea éste el que finalmente decida sobre la contienda.

En términos de un conflicto entre privados, no habría mayor inconveniente en recurrir a un arbitraje, asumir los costos que ello implica y aguantar un proceso medianamente extendido para tener una solución; sin embargo, si lo vemos en el marco de una controversia en donde se tiene en juego fondos públicos que, si nos ponemos en un análisis de su mejor uso, se preferiría evitar que una controversia llegue a un arbitraje si es posible solucionarlo tempranamente sin incurrir en mayores costos.

Desde una óptica particular se ha escuchado decir que el Estado pierde los procesos arbitrales porque el arbitraje no es el mejor medio de solución de controversias, incluso se ha esbozado que se debería eliminar el arbitraje y que las controversias sean vistas por el órgano jurisdiccional.

#### **4. ¿EL ESTADO PIERDE POR EL ARBITRAJE?**

Es necesario no confundir la institución con los temas realmente objetivos que determinan los resultados de perdedor o ganador en un proceso arbitral en particular.

Es de pleno conocimiento que los contratistas contratan los servicios de estudios de abogados especializados y con mucha experiencia en arbitraje de contrataciones del Estado para que se encarguen de una determinada controversia, mientras que el Estado hace que un grupo determinado de abogados que pertenecen a la procuraduría pública, encargada de defender los intereses de cada institución, asuman la defensa en todo tipo de procesos tales como civiles, laborales, contenciosos administrativos, penales, etc.

Por lo que desde aquí ya es posible advertir una pequeña, pero sustancial, diferencia en cómo el Estado afronta un proceso arbitral en comparación de un contratista.

Ahora, el tema no sólo pasa por el hecho particular de quien asume la defensa de alguna de las partes en un proceso arbitral, lo objetivo parte, en realidad, en aspectos muy puntuales como, por ejemplo, la calidad de los expedientes técnicos de obra o la gestión del proceso de contrataciones.

En ese sentido, la Contraloría General de la República (en adelante, la CGR) en el informe denominado *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*<sup>7</sup> (en el adelante, el Informe), señaló que los resultados desfavorables no se encuentran en la figura del arbitraje en sí misma, sino en la gestión de los procesos de contrataciones, que requiere ser fortalecida.

Concluye que resulta necesario que las entidades involucradas en estas controversias autoevalúen la manera como están pactando las contrataciones públicas a fin de adoptar medidas correctivas.

Este Informe planteó un conjunto de recomendaciones para reducir los resultados desfavorables en los arbitrajes, «las que deberían ser tomadas en cuenta para evitar las millonarias pérdidas al Estado», entre ellas, la necesidad de mejorar la organización interna de los órganos encargados de la contratación pública en todos los niveles de gobierno, con el propósito de minimizar las deficiencias en el proceso de selección para la contratación de sus bienes, servicios u obras, y promover una estrecha coordinación entre las unidades orgánicas involucradas en el seguimiento de la ejecución de los contratos, de tal forma que en caso la

---

<sup>7</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*. Recuperado de <<http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>>.

entidad llegue a la vía arbitral no lo haga por problemas y hechos imputables a la propia entidad, como sucede actualmente.

Entre tantas razones objetivas por las que el Estado pierde en procesos arbitrales tenemos que la parte de mayor incidencia se tiene en las controversias que derivan de contratos de obra y, en este aspecto, el expediente técnico es sustancial para la mayoría de las derrotas que ha tenido el Gobierno en los arbitrajes que iniciaron los contratistas.

Así, por ejemplo, Guerinoni Romero<sup>8</sup> ha señalado que las causas que originan controversias por las que el Estado tiene procesos arbitrales están relacionadas a las siguientes situaciones:

- Errores del área usuaria al formular sus requerimientos, sobre todo los expedientes técnicos para obras que son mal elaborados con especificaciones técnicas equivocadas y programaciones irrealistas.
- Deficiente gestión por parte del Estado en el seguimiento de los contratos en la etapa de ejecución contractual.
- Deficientes consultas y observaciones por parte de los privados durante el proceso de selección.
- Deficiente o nula coordinación interna entre las entidades, oficina logística o administrativa, dirección de asesoría jurídica y procuraduría pública para una defensa adecuada y coordinada de sus intereses.
- Falta de empoderamiento, de capacitación y de respaldo al procurador público, que si bien con el Decreto Legislativo n.º 1068

---

<sup>8</sup> GUERINONI ROMERO, Mariella. *Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 2012*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 28.

se le ha otorgado una serie de facultades, éstas no pueden ser ejercidas adecuadamente justamente por una falta de respaldo.

- La crisis de valores éticos de todas las partes involucradas, incluidos los árbitros, las partes, los abogados, etc.

Entonces, si partimos por ser más objetivos en relación con la evaluación de una controversia, veremos que es posible evitar un proceso arbitral cuando se tiene voluntad para reconocer los errores de ambas partes y se priorice la ejecución del contrato.

Por ello, es importante dejar de lado la cultura de conflicto que está arraigada para dar paso a una actitud colaborativa y optar por priorizar la solución de una controversia y evitar un mayor costo que implica no sólo el mismo proceso arbitral sino, además, el resultado desfavorable en diversos casos contra el Estado que, evidentemente, se llegan a pagar con fondos públicos que bien pudieron ser dedicados a la atención de proyectos sociales para el beneficio de la población en general.

## 5. ¿CUÁNTO ESTÁ EN JUEGO?

Las compras públicas, como en el caso de nuestro país, reguladas por la LCE, de acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) comprenden tres funciones principales de Estado: i) de utilidad pública; ii) de carácter administrativo; y, iii) de tipo económico; las cuales conjuntamente buscan satisfacer necesidades sociales mediante el uso eficiente y transparente de los recursos del Estado.<sup>9</sup>

A nivel de América Latina y el Caribe, la proporción de compras públicas con relación al Producto Bruto Interno es de 15,52 %, la cual

---

<sup>9</sup> ARAYA ALLENDE, Juan. *Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*. Santiago de Chile: Cepal, División de Comercio Internacional e Integración, 2006. Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/4407-compras-publicas-acuerdos-regionales-america-latina-paises-desarrollados>.

es menor a la registrada en la Unión Europea (21,66 %) y Estados Unidos (15,68 %), e incluso menor a la media global (17,87 %),<sup>10</sup> conforme se puede apreciar en el cuadro n.º 1.

Ahora, en nuestro caso, la proporción de las adquisiciones del Estado presupuestadas con respecto al PBI real durante los años del 2011 al 2015 fue de 15,98 %. Si bien del 2011 al 2012 esta ratio se incrementó en 11,5 %, del 2013 al 2014 decreció en 0,2 puntos porcentuales, lo cual no es un cambio dramático, pero si luego vemos la evolución al año siguiente se observa una caída adicional de 0,3 puntos porcentuales, es decir que esto podría marcar una tendencia decreciente desde el 2013 hasta la fecha, dado que la proporción del 2015 de 16,1 % es incluso menor que el dato del 2012,<sup>11</sup> como se puede apreciar en el cuadro n.º 2.<sup>12</sup>

En el presente año, por ejemplo, vemos que el Estado ha destinado la suma de S/ 32 571 609 620 para la ejecución de obras de construcción de un presupuesto total de S/ 214 413 970 363, lo que significa que no se llega al 16 % del presupuesto público del año en curso.

La mayor parte de controversias se presentan en los contratos de obra, siendo que, como lo señaló la CGR en el Informe, las principales controversias<sup>13</sup> son las que se presentan en el cuadro n.º 3.

---

<sup>10</sup> SECRETARÍA PERMANENTE DEL SELA. *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*. Caracas: SELA, 2014. Recuperado de <[https://www.academia.edu/36685863/Las\\_compras\\_p%C3%BAblicas\\_como\\_herramienta\\_de\\_desarrollo\\_en\\_Am%C3%A9rica\\_Latina\\_y\\_el\\_Caribe\\_Relaciones\\_Intrarregionales](https://www.academia.edu/36685863/Las_compras_p%C3%BAblicas_como_herramienta_de_desarrollo_en_Am%C3%A9rica_Latina_y_el_Caribe_Relaciones_Intrarregionales)>.

<sup>11</sup> Exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1341, p. 27.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>13</sup> CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Op. cit.*, p. 89.

**Cuadro n.º 1**  
**Participación de las compras públicas en el PIB (2012)**  
**(porcentaje)**

<b>Región</b>	<b>% PIB</b>
Unión Europea	21,66
Mundo	17,87
África subsahariana	17,82
BRICS	17,59
Oriente Medio y Norte de África	16,59
Estados Unidos	15,68
América Latina y el Caribe	15,52
China	13,71
Asia Pacífico	13,01

Fuente: elaboración propia con datos del Banco Mundial.

**Cuadro n.º 2**  
**Porcentaje del monto estimado en presupuesto (PIM) de**  
**bienes, servicios y obras con respecto al PBI**

	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>
Valor estimado del presupuesto (PIM) (en mill. de S/)	S/ 59 547,0	S/ 70 668,5	S/ 75 698,4	S/ 76 551,0	S/ 77 836,7
PBI real (en mill. de S/)*	S/ 406 256,0	S/ 431 199,0	S/ 456 435,0	S/ 467 181,0	S/ 482 370,0
PBI nominal (en mill. de S/)*	S/ 473 049,0	S/ 508 131,0	S/ 543 670,0	S/ 570 780,0	S/ 602 527,0

% de las contrataciones respecto al PBI real	14,7 %	16,4 %	16,6 %	16,4 %	16,1 %
% de las contrataciones respecto al PBI nominal	12,6 %	13,9 %	13,9 %	13,4 %	12,9 %

\* Datos al 14 de noviembre de 2016.

Fuente: OSCE.

El informe señaló entre sus recomendaciones que si el problema es la gestión de las obras y compras, debería fomentarse la conciliación para evitar mayores costos propios del arbitraje (tiempos y costos mayores).

## 6. CONCILIACIÓN

La conciliación es el proceso por el cual dos o más personas en conflicto logran restablecer su relación, gracias a la intermediación de un tercero denominado conciliador.

El artículo 5<sup>14</sup> de la Ley n.º 26872, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1070, Ley de Conciliación peruana (en adelante, la LC), establece que la conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.

De acuerdo con el artículo 2<sup>15</sup> de la LC, la conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad,

<sup>14</sup> Artículo 5.- «Definición

La Conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación extrajudicial a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto».

<sup>15</sup> Artículo 2.- «Principios

La Conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía».

veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía.

Así, la conciliación es un proceso rápido que puede concluir en una o varias sesiones, frente a otros procesos como el arbitral, que suele demorar no menos de seis meses, y el proceso judicial que es, normalmente, mayor a seis meses.

**Cuadro n.º 3**  
**Recurrencia de las principales controversias**  
**periodo 2003-2013**

Controversia	Total de veces que fue solicitada	%
Indemnización por daños y perjuicios	915	17
Resolución de contrato	822	15
Ampliación de plazo contractual	658	12
Liquidación de contrato de obra	580	11
Penalidades	353	6
Otras controversias	2178	40
<b>Total</b>	<b>5506</b>	<b>100</b>

Fuente: laudos arbitrales registrados en el portal web del OSCE al 31 de diciembre de 2013. Elaboración: Departamento de Estudios CGR.

Tan es así que tenemos que, recibida la solicitud, el centro de conciliación designará al conciliador al día hábil siguiente, teniendo éste dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación, ello en atención del artículo 12<sup>16</sup> de la LC.

<sup>16</sup> Artículo 12.- «Procedimiento y plazos para la convocatoria  
Recibida la solicitud, el Centro de Conciliación designará al conciliador al día hábil siguiente, teniendo éste dos días hábiles a fin de cursar las invitaciones a las partes para la realización de la audiencia de conciliación.

Se precisa que el plazo para la realización de la audiencia no superará los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días hábiles.

Asimismo, el plazo de la audiencia única podrá ser de hasta treinta (30) días calendarios contados a partir de la fecha de la primera sesión realizada. Este plazo sólo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes, en concordancia con lo establecido en el numeral 224.3 del artículo 224<sup>17</sup> del Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que en el caso de requerirse una resolución autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento conciliatorio se puede suspender hasta por un plazo de treinta (30) días hábiles. Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales.

Como se aprecia, los plazos de la conciliación son cortos y permiten obtener una solución a la controversia de forma rápida y temprana. En ese sentido, la LCE ha recogido a la conciliación como mecanismo de solución de controversias por sus ventajas frente a la jurisdicción ordinaria.

---

El plazo para la realización de la audiencia no superará los siete días hábiles contados a partir del día siguiente de cursadas las invitaciones, debiendo mediar entre la recepción de la invitación y la fecha de audiencia no menos de tres días hábiles.

De no concurrir una de las partes, el conciliador señalará una nueva fecha de audiencia notificando en el acto a la parte asistente, respetando los plazos señalados en el párrafo anterior».

<sup>17</sup> Artículo 224.- «Conciliación

[...]

224.3. De ser necesario contar con una Resolución Autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento conciliatorio se puede suspender hasta por un plazo de treinta (30) días hábiles. Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales. Si vencidos los plazos señalados la Entidad no presenta la Resolución Autoritativa ante el Centro de Conciliación, se entiende que no existe acuerdo y se concluye el procedimiento conciliatorio».

## **7. REESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**

Los mecanismos de solución de controversias en el ámbito privado se ejercen directamente por las partes involucradas; no obstante, cuando interviene el Estado y estamos ante la contratación estatal, estos mecanismos son ejercidos por los procuradores públicos que forman parte del Sistema de Defensa Jurídica del Estado peruano, el cual se creó por el Decreto Legislativo n.º 1068.

No obstante, mediante el Decreto Legislativo n.º 1326 (en adelante, la LRSDJ), se ha reestructurado el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado peruano y se ha creado la Procuraduría General del Estado peruano como ente rector, a efectos de mantener y preservar la autonomía, uniformidad y coherencia en el ejercicio de la función de los procuradores públicos en el ámbito nacional, supranacional e internacional, así como fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado peruano.

La exposición de motivos de la LRSDJ indica que uno de los aspectos más interesantes de la propuesta legislativa es el tratamiento de los principios rectores que se deben respetar en el ejercicio de la defensa jurídica del Estado, los cuales se constituyen en pilares del desarrollo funcional consagrándose como normas elementales que orientan la actuación de los operadores del sistema y reflejan en última instancia el sentido de las diversas disposiciones de la propuesta.

Por tanto, los principios rectores se constituyen en directrices que sirven de herramientas para elaborar lineamientos sobre los cuales se van a desarrollar las actividades del sistema en general y que tienen por objeto orientar, articular e impulsar un proceso de modernización de la gestión pública.

Así, tenemos dentro de los principios rectores el de especialización, regulado en el numeral 7 del artículo 6<sup>18</sup> de la LRSDJ, el cual determina que el Sistema de Defensa Jurídica del Estado peruano garantiza la especialización de los procuradores públicos mediante la primacía del carácter técnico y especializado de su labor.

Ahora, la LRSDJ creó la Procuraduría General del Estado peruano, la cual, de conformidad con su artículo 9,<sup>19</sup> es un organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con personería jurídica de derecho público interno. Cuenta con autonomía funcional, técnica, económica y administrativa para el ejercicio de sus funciones. Es el ente rector del sistema y constituye pliego presupuestal.

Esta Procuraduría tiene como una de sus diversas funciones la de coordinar y analizar con las entidades de la administración pública la viabilidad y la conveniencia —costo-beneficio— de llegar a una solución amistosa en las controversias no judicializadas en las que el Estado sea parte, como se aprecia del numeral 10 del artículo 12<sup>20</sup> de la LRSDJ.

En atención a esta función y al principio de especialización de la LRSDJ, la Procuraduría General debería cumplir con lo señalado en el

---

<sup>18</sup> Artículo 6.- «Principios rectores

La defensa jurídica del Estado se rige por los siguientes principios rectores:

[...]

7. Especialización: El Sistema garantiza la especialización de los/as procuradores/as públicos mediante la primacía del carácter técnico y especializado de su labor».

<sup>19</sup> Artículo 9.- «Creación de la Procuraduría General del Estado

Créase la Procuraduría General del Estado como organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con personería jurídica de Derecho Público interno. Cuenta con autonomía funcional, técnica, económica y administrativa para el ejercicio de sus funciones. Es el ente rector del Sistema y constituye Pliego Presupuestal».

<sup>20</sup> Artículo 12.- «Funciones de la Procuraduría General del Estado

La Procuraduría General del Estado tiene las siguientes funciones:

[...]

10. Coordinar y analizar con las entidades de la administración pública la viabilidad y la conveniencia —costo beneficio— de llegar a una solución amistosa en las controversias no judicializadas en las que el Estado sea parte».

numeral 45.12 del artículo 45 de la LCE y realizar un adecuado análisis —costo-beneficio— para llegar a una solución amistosa en las controversias que se generan en la contratación pública.

## 8. LA NO INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN

Si bien la LRSDJ establece que es función de la Procuraduría General del Estado peruano coordinar y analizar con las entidades de la administración pública la viabilidad y la conveniencia —costo beneficio— de llegar a una solución amistosa en las controversias no judicializadas en las que el Estado sea parte, es necesario entender que lo que buscan tanto la norma en mención como la LCE es que se solucione la controversia de forma rápida y temprana, por lo que es importante precisar que el subnumeral 6 del numeral 31.2 del artículo 31<sup>21</sup> del Decreto Supremo n.º 018-2019-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1326, que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado peruano y crea la Procuraduría General del Estado peruano (en adelante, el RLRSDJ) establece que constituye falta a la idoneidad en la defensa jurídica cuando un procurador no presenta recursos impugnatorios en un proceso arbitral, dejando consentir de manera injustificada un laudo arbitral u otra resolución que ponga fin al proceso. Esta disposición debe leerse e interpretarse con los numerales 45.23 y 45.24 del artículo 45<sup>22</sup> de la LCE, que prescriben que los procuradores públicos

---

<sup>21</sup> Artículo 31.- «Actos de inconducta funcional

[...]

31.2. Constituyen faltas a la idoneidad en la defensa jurídica:

[...]

6. No presentar recursos impugnatorios en los procesos o procedimientos en los que interviene, dejando consentir de manera injustificada una resolución judicial, disposición fiscal, laudo arbitral u otra resolución que ponga fin al proceso, procedimiento o a la investigación y que perjudique los intereses del Estado».

<sup>22</sup> Artículo 45.- «Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

[...]

45.23 Las entidades sólo pueden iniciar la acción judicial de anulación de Laudo previa autorización del Titular de la Entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable. Para tal efecto, se realiza el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, la expectativa de

que no interpongan estas acciones no incurrir en responsabilidad, ello debido a que para que un procurador pueda iniciar la acción judicial de anulación de laudo debe realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, la expectativa de éxito de seguir la anulación, esto es, el defensor del Estado debe tener en cuenta que la finalidad de las normas bajo comentario es que se evite que el erario nacional asuma mayores costos que no se tendría que dar por una acción sin mayor sustento.

Con lo cual queda claro que la primera responsabilidad del procurador público que ya llevó una controversia a arbitraje y ha perdido el proceso es no generar mayores costos al Estado, por lo que debe realizar un segundo análisis sobre la procedencia del recurso de anulación.

Por ende, si con base en dicho análisis se determina que el recurso de anulación no tendría éxito de ser amparado, no debería presentarse este recurso y, consecuentemente, el procurador público no incurre en responsabilidad funcional porque su acción, contrariamente a lo que pareciera, ha generado que el Estado no siga siendo perjudicado con asumir mayores costos por acumulación de intereses sobre el monto de la condena establecido en el laudo arbitral.

Además, que la actuación del procurador público al no interponer el recurso de anulación, cumple con la finalidad de las normas que son objeto de comentario, por lo que, pese a que luego se inicien acciones penales o administrativas en su contra éstas deberían ser evaluadas en el marco de la LRSDJ y de la LCE.

---

éxito de seguir la anulación. Constituye responsabilidad funcional impulsar la anulación del laudo arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no puede ser acogida.

45.24 Los procuradores públicos que no interpongan estas acciones no incurrir en responsabilidad».

## 9. LA PROCURADURÍA ESPECIALIZADA EN ARBITRAJE

Otra novedad que ha traído el RLRSDJ es la creación de la Procuraduría Especializada en Arbitraje (en adelante, la PEA) conforme se tiene del numeral 50.1 del artículo 50<sup>23</sup> del RLRSDJ.

La exposición de motivos de dicha norma señala que en atención a lo preceptuado en el Decreto Legislativo n.º 1326 respecto al principio rector de especialización, sobre el particular la norma refiere que el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado garantiza la especialización de los procuradores públicos mediante la primacía del carácter técnico y especializado de su labor. Es así que en el marco de la clasificación de las distintas procuradurías públicas que ejercen la defensa del Estado se erigen las procuradurías públicas especializadas, las cuales tienen a su cargo la facultad de defender jurídicamente al Estado de forma transversal y de manera exclusiva, salvaguardando sus intereses y con competencia a nivel nacional o internacional, en lo que respecta a la comisión de ilícitos de alta lesividad o materias que requieren una atención especial y prioritaria estas competencias nunca se superponen o impactan con las competencias de otras oficinas que ejercen la defensa de los intereses del Estado por cuanto su actuación en este tipo de casos es exclusiva.<sup>24</sup>

La referida exposición de motivos abunda en señalar que se tiene que según lo establece el nuevo marco normativo, las procuradurías públicas que conforman el Sistema son aquellas que se denominan, nacionales, regionales, locales, especializadas y *ad hoc*; en ese contexto, cada

---

<sup>23</sup> Artículo 50.- «Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes  
50.1. El/La Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes ejerce la defensa jurídica de los intereses del Estado en toda clase de procesos arbitrales, especialmente en aquellos originados por controversias surgidas en los contratos suscritos en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. Se exceptúa su intervención en arbitrajes de índole laboral. Inicia las acciones judiciales pertinentes, a fin de obtener la anulación del laudo arbitral, de ser el caso.

<sup>24</sup> p. 9.

una actúa en el ámbito de sus competencias, siendo que a las tres primeras les corresponde la defensa única y exclusiva de la entidad donde ejercen su función propiamente dicha, las especializadas tienen un nivel de actuación, como ya se dijo, transversal y en defensa básicamente de los intereses del Estado en general; finalmente, las *ad hoc* tienen una competencia diseñada para un caso único y con particularidades que hace que su nivel de actuación sea plenamente diferenciado de las demás.<sup>25</sup>

Ahora, la exposición de motivos sostiene que la necesidad de la creación de la PEA se da porque en los arbitrajes en los que interviene el Estado peruano, en función a los montos que se discuten son considerables, y en tanto se ejerza una inadecuada defensa, terminan siendo pagados por el Estado a favor de las empresas contratistas; actualmente, dicha problemática se constituye en la carga procesal más pesada que tienen a cargo los procuradores públicos, situación que se origina no por la cantidad de casos que existen, sino, precisamente por los elevados montos que se discuten.<sup>26</sup>

El Estado es consciente de que no todos los procuradores públicos que defienden sus intereses en estos arbitrajes cuentan necesariamente con la suficiente o adecuada especialización, capacitación o experiencia en dichos procesos, así como tampoco cuentan con herramientas legales y técnicas (particularmente, en el caso de los gobiernos regionales y locales, donde se discuten los mayores montos por tratarse de arbitrajes referidos a obras públicas multimillonarias), que les permitan enfrentarse en igualdad de armas y equidad de condiciones con los estudios de abogados particulares que patrocinan las empresas contratistas, las que incluso a veces son extranjeras. Dicha situación y la posibilidad que, en atención a las sumas que se manejan en un proceso arbitral, tal como se ha visto recientemente, se puedan presentar atisbos de parcialidad y favorecimiento de los árbitros suma como un factor negativo a los antes mencionados.

---

<sup>25</sup> *Ibidem.*

<sup>26</sup> *Ibidem.*

Con base en lo anteriormente señalado se crea la PEA en el RLRSDJ, para que ejerza la defensa jurídica de los intereses del Estado en los arbitrajes de toda índole en donde participe alguna entidad pública de cualquier nivel de gobierno.

No obstante, esta procuraduría sólo intervendría, de conformidad con lo establecido en el numeral 50.3 del artículo 50<sup>27</sup> del RLRSDJ, cuando se configure alguno de los siguientes supuestos:

- Cuando la pretensión o el monto total de contrato materia de controversia supere las doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias; o,
- Ante el pedido expreso de un procurador público; en este último caso, no se considera la cuantía si el pedido manifiesta una causa que justifique el traslado.

La exposición de motivos señala que la PEA participará en aquellos arbitrajes originados por controversias surgidas en materia de inversión pública o que se inicien en el seno del Sistema Administrativo de Inversión Pública, exceptuando del nivel de su actuación aquellos arbitrajes que se originen por cuestiones laborales.

Asimismo, la PEA tendría a su cargo los arbitrajes con ciertas características, pues de ninguna manera se busca saturar las oficinas que ejercen la defensa del Estado, sino asegurar, como ya se dijo, la especialidad y que subsista la experiencia del conocimiento.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Artículo 50.- «Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes

[...]

50.3. El/La Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes asume competencia en calidad de sujeto activo o pasivo en el proceso arbitral, interviene cuando la pretensión o el monto total de contrato materia de controversia supera las doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias, o ante el pedido expreso de un/a procurador/a público/a; en este último caso, no se considera la cuantía, si el pedido manifiesta una causa que justifique el traslado».

<sup>28</sup> Página 10 de la exposición de motivos del RLRSDJ.

## **10. TRANSFERENCIA DE PROCESOS A LA PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN ARBITRAJES**

En el marco de la intervención de la PEA se aprecia que la séptima disposición complementaria transitoria<sup>29</sup> del RLRSDJ establece que las entidades públicas que no cuenten con un órgano de defensa jurídica del Estado peruano hacen de conocimiento de la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes, los emplazamientos que hayan recibido y que tengan como propósito iniciar un proceso arbitral, o los actuados correspondientes a efectos de evaluar la interposición de una demanda de anulación de laudo arbitral.

Esta disposición responde a que de las 196 municipalidades provinciales, 1678 municipalidades distritales y otras 2658 de centros poblados, muchas de éstas no cuentan con un procurador público permanente que se encargue de la defensa de los intereses de dichas entidades, por lo que es necesario que intervenga la PEA.

## **11. NECESIDAD DE REALIZAR UN ADECUADO ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO**

En este marco de ideas, el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, establecido como obligación legal en el numeral 45.12 del artículo 45 de la LCE, cobra fundamental importancia y trascendencia

---

<sup>29</sup> Disposiciones complementarias transitorias

[...]

Séptima.- «Transferencia de procesos a la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes

Las procuradurías públicas o las entidades públicas que no cuenten con un órgano de defensa jurídica del Estado, hacen de conocimiento de la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes, los emplazamientos que hayan recibido y que tengan como propósito iniciar un proceso arbitral, o los actuados correspondientes a efectos de evaluar la interposición de una demanda de anulación de laudo arbitral, para tal efecto, se verifica el cumplimiento de los plazos. Asimismo, remiten previa coordinación, los arbitrajes que se hayan iniciado, siempre que sea posible, y no signifique un riesgo en la estrategia de defensa.

Las transferencias, a que se hace mención en la presente disposición, se efectúan luego de la fecha en que es designado el/la Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes. Para tal efecto, dicho acto resolutivo establece el plazo, el modo y la forma en que se remiten los actuados».

toda vez que este análisis debe evaluar el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

El Estado, a través de sus dependencias, tiene conocimiento de que algunos conceptos que son controversias frecuentes tienen mayor éxito en un proceso arbitral, es decir, se tiene cierta predictibilidad al evaluar la procedencia de una pretensión en un proceso arbitral y pese a ello algunas entidades han preferido recurrir al arbitraje, en el cual, finalmente, se obtuvo un resultado negativo a los intereses públicos.

Evidentemente, han existido muchos casos en los cuales el Estado ha sido un vencedor completo en la solución de la controversia, pero estos casos son en porcentaje menor a aquellos en los que el Estado en sus tres estamentos debe pagar por el costo del proceso, por perderlo y por no poder destinar mayores recursos a paliar situaciones de verdadero apremio.

Entonces, si el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia tuviera la mayor atención e importancia de una entidad pública, no sólo evitaríamos un innecesario proceso arbitral con sus respectivos costos, sino que, en esencia, nos permitiría hacer un uso más eficiente de los fondos públicos para aspectos de mayor transcendencia e impacto social en la población.

De ello, resulta vital que las entidades analicen y evalúen proseguir con el conflicto o ganar doble, al evitar un mayor costo y atender necesidades urgentes de la población.

## **12. PERTINENCIA DE RECURRIR A ESPECIALISTAS PARA REALIZAR EL ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO**

Dada la importancia y trascendencia del análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia establecido como obligación legal en el numeral 45.12 del artículo 45 de la LCE, sería pertinente y necesario que las entidades recurran a expertos independientes para que elaboren informes legales a fin de determinar la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.

Para ello, las entidades pueden optar por contratar profesionales que tengan experiencia como árbitros y que sean conocedores de la materia objeto de la controversia que será puesta a evaluación, a fin de emitir una posición con relación al éxito de llevar la controversia a un arbitraje y que, en todo caso, postule una propuesta de solución para que el conflicto se resuelva de forma rápida y temprana a efectos de evitar que el erario se perjudique asumiendo mayores costos.

## **13. CONCLUSIÓN**

Cumplir de forma adecuada con el numeral 45.12 del artículo 45 de la LCE, esto es, priorizar la solución de la controversia y evitar el arbitraje, entender que lo mejor para un uso adecuado y eficiente de los fondos públicos es obtener soluciones rápidas y tempranas que no sólo permitan resolver los conflictos, sino que, además, traigan como consecuencia que los contratos terminen, finalmente, culminándose y que, por ejemplo, en el caso de obras no se tengan construcciones a medio terminar o paralizadas hasta que se emita un laudo arbitral o se estén resolviendo los contratos y se impida con ello que la población se beneficie de estas importantes contrataciones que tiene por finalidad una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

#### 14. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAYA ALLENDE, Juan. *Las compras públicas en los acuerdos regionales de América Latina con países desarrollados. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*. Santiago de Chile: Cepal, División de Comercio Internacional e Integración, 2006. Disponible en <<https://www.cepal.org/es/publicaciones/4407-compras-publicas-acuerdos-regionales-america-latina-paises-desarrollados>>.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*. Recuperado de <<http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>>.

GUERINONI ROMERO, Mariella. *Actas del Sexto Congreso Internacional de Arbitraje 2012*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 28.

SECRETARÍA PERMANENTE DEL SELA. *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*. Caracas: SELA, 2014. Recuperado de <[https://www.academia.edu/36685863/Las\\_compras\\_p%C3%BAblicas\\_como\\_herramienta\\_de\\_desarrollo\\_en\\_Am%C3%A9rica\\_Latina\\_y\\_el\\_Caribe\\_Relaciones\\_Intrarregionales](https://www.academia.edu/36685863/Las_compras_p%C3%BAblicas_como_herramienta_de_desarrollo_en_Am%C3%A9rica_Latina_y_el_Caribe_Relaciones_Intrarregionales)>.

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

Sergio García Long\*\*

*How sweetly did they float upon the wings  
Of silence, through the empty-vaulted night...*

John Milton  
*Comus*, 1634

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Los *punitive damages* en el mundo.— 3. El *exequatur* de sentencias americanas de *punitive damages*.— 3.1. La ejecución de sentencias americanas en países europeos.— 3.2. La compatibilidad de los *punitive damages* con el orden público.— 4. El *exequatur* en el arbitraje internacional y la defensa del orden público.— 5. El poder de los árbitros de imponer *punitive damages*.— 5.1. El caso Mastrobuono.— 5.2. El nuevo escenario para los *punitive damages* en el arbitraje comercial internacional.— 5.3. ¿Cuándo es posible otorgar *punitive damages* en el arbitraje comercial internacional?— 5.3.1. Mastrobuono en el arbitraje comercial internacional.— 5.3.2. Seis supuestos en donde se discute sobre la

---

\* Ésta es una versión revisada del artículo publicado previamente bajo el mismo título en GARCÍA LONG, Sergio (editor). *Derecho de arbitraje. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: Fondo Editorial PUCP y Normas Jurídicas, 2019, pp. 47-116.

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (*summa cum laude*). Su actividad profesional y académica se enfoca en derecho de contratos, societario, fusiones y adquisiciones, financiamientos y arbitraje. Asociado en el Área de Derecho Corporativo de Vargas Pareja Abogados. Ha sido adjunto de docencia de Derecho las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y Temas de Derecho Societario en la PUCP. Autor de diversos artículos y libros, así como editor de obras colectivas, sobre temas de su especialidad.

imposición de *punitive damages*.— 6. ¿*Punitive damages* en arbitraje de inversión?— 7. Reflexiones finales.— 8. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

Existen muchos detractores respecto a la compatibilidad de los *punitive damages* con los sistemas jurídicos del *civil law*. En principio, se tiene cierto miedo a la función punitiva debido a las altas condenas punitivas que se han otorgado a lo largo de los años en Estados Unidos de América. A pesar de los grandes esfuerzos de ciertos académicos, y de la materialización de ciertos proyectos de ley, los *punitive damages* aún no son reconocidos por una norma expresa en Europa,<sup>1</sup> y, en consecuencia, los jueces no pueden imponerlos.

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

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

---

<sup>1</sup> Cuando se hace referencia a Europa quedan excluidos los países de tradición anglosajona. De manera que el término se usa exclusivamente para hacer referencia a los países del *civil law* y se excluye a los países europeos de tradición anglosajona (por ejemplo, Inglaterra).

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

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

Tal vez en los años ochenta y noventa del siglo pasado sería una locura pensar que laudos o sentencias punitivas americanas serían bienvenidas por las cortes europeas cuando ellas mismas no pueden imponer *punitive damages* en sus respectivos territorios europeos, pero en la actualidad el derecho ha cambiado, sobre todo cuando pensamos en las controversias civiles de carácter internacional. Existen muchos casos de demandantes americanos que ganaban un juicio de responsabilidad civil contra un demandado europeo que incluía la imposición de *punitive damages*, y luego buscaban el reconocimiento y ejecución de dicha sentencia en el país europeo donde el demandado tenía la mayoría de sus bienes.

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

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

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

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

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

En la sección 2 se explica el concepto de *punitive damages* y cómo el mismo ha ido evolucionando con el tiempo en el derecho comparado. En la sección 3 se presenta el panorama actual en el derecho internacional privado respecto a la ejecución de sentencias americanas de *punitive damages* en países europeos. La sección 4 explica cómo funciona el *exequatur* en el arbitraje internacional y la causal de rechazo conforme al orden público. La sección 5 desarrolla la tesis central del presente trabajo: el poder de los árbitros de imponer *punitive damages* en arbitrajes comerciales internacionales y el reconocimiento de los mismos por los jueces europeos, aunque estos no puedan imponerlos en primer lugar. La sección 6 desarrolla la jurisprudencia en torno al otorgamiento del daño moral con función punitiva en arbitraje de inversiones. Finalmente, la sección 7 concluye.

## 2. LOS *PUNITIVE DAMAGES* EN EL MUNDO

Mientras algunos le tienen miedo a las alturas y otros a los espacios cerrados, un buen grupo de civilistas le temen a los *punitive damages*.<sup>2</sup> Esta fobia se basa en el terror a la función punitiva dentro del derecho de daños. Los civilistas quedaban aterrados cuando miraban cómo en Estados Unidos de América se otorgaba, en la vida real, condenas punitivas de cuantías millonarias, que eran tan altas que antes sólo eran imaginables en las películas. Mientras que en *Miles vs. Philip Morris* (2003) se condenó al pago de \$ 3100 millones por *punitive damages*, en *Anderson vs. General Motors Corp.* (1999) la condena punitiva ascendió a \$ 4775 millones. Si estos montos produjeron escalofríos, sólo piénsese que en *Engle vs. R.J. Reynolds Tobacco Co.* (2000) se condenó a la estratosférica suma de \$ 145 000 millones.

Tradicionalmente, dentro del *civil law* no existe fundamento para que una corte europea pueda condenar a un demandado al pago de una suma dineraria por miles de millones de dólares. La función punitiva siempre

---

<sup>2</sup> MAGNUS, Ulrich. «Why is US Tort Law so Different?». En *Journal of European Tort Law*, 2010, n.º 1, vol. 1, p. 104.

existió en el *civil law* (piénsese en la cláusula penal o el daño moral), pero nunca con un protagonismo tan importante como en el *common law*. Entonces, la primera reacción de los europeos frente a los *punitive damages* fue una fobia.

Entre las razones que explican por qué los *punitive damages* no se encuentran reconocidos en una norma expresa en Europa podemos mencionar las siguientes: (1) la estricta división entre derecho civil y derecho penal; y, en consecuencia, (2) que el derecho civil es principalmente compensatorio, de manera que a través de la responsabilidad civil el demandado debe mantener indemne a la víctima y sólo a través del derecho penal (o administrativo) es posible imponerle sanciones.

Con el paso de los años, los mismos europeos se percataron que esta fobia era injustificada. En primer lugar, se inició un proceso de sinceramiento por el cual los europeos empezaron a analizar su derecho interno y se percataron de la existencia de diversas instituciones del derecho privado que no podían ser explicadas desde el dogma de la compensación. Se identificaron situaciones en donde se otorgaba un monto dinerario por encima de los daños sufridos (extracompensatorios), e incluso, en otros casos, ante la ausencia de daño. Esto era evidencia de la existencia de una función punitiva.

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

El pacto de la cláusula penal permite que las partes, de manera anticipada, puedan pactar un monto dinerario que sea mayor a los futuros daños. Incluso, el monto dinerario podría pagarse ante la ausencia de daño. Precisamente, el pago de la cláusula penal no requiere la probanza del daño. El daño moral, a pesar de que, en teoría, deba ser compensatorio, es usado en la jurisprudencia por los jueces para otorgar

montos dinerarios excesivos. Desde que por definición el daño moral no es cuantificable en términos económicos, los jueces suelen inflar la cuantía de la condena monetaria cuando consideran que es necesario castigar al demandado. Las *astreintes* también es una institución privada de carácter punitivo, pues tiene como objetivo compeler a una parte a la ejecución de la sentencia.

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

Europa hizo un análisis de su derecho interno y se percató que ya existen instituciones privadas punitivas que se asemejan mucho a los *punitive damages* por el hecho de que permiten el pago de un monto dinerario superior a los daños sufridos. Si siempre existieron condenas punitivas, ¿cuál es el problema con los *punitive damages*? Se advirtió una clara hipocresía legal por parte de Europa.<sup>3</sup>

Este sinceramiento ocurrió con ocasión del pedido de *exequatur* de sentencias americanas que condenaron al pago de *punitive damages*. Como los *punitive damages* no están reconocidos en los códigos civiles europeos, el debate en torno a la compatibilidad de los mismos con la tradición del *civil law* se mantenía como uno teórico. Si los jueces europeos no pueden imponer *punitive damages*, entonces los mismos eran estudiados como una excentricidad del sistema anglosajón, principalmente americano, para saber que ello era algo ajeno al *civil law*.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> MEURKENS, Renée Charlotte. *Punitive Damages - The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*. Deventer: Wolters Kluwer Business, 2014, p. 279; NAGY, Csongor István. «Recognition and enforcement of US judgments involving punitive damages in continental Europe». En *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2012, n.º 1, vol. 30, p. 11; BÜYÜKSAGIS, Erdem; EBERT, Ina; FAIRGRIEVE, Duncan; MEURKENS, Renée Charlotte y Francesco QUARTA. «Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism». En *European Business Law Journal*, 2016, n.º 1, vol. 27, p. 139.

<sup>4</sup> KOZIOL, Helmut. «Punitive Damages - A European Perspective». En *Louisiana Law Review*, 2008. n.º 3, vol. 68, p. 741.

Pero cuando demandantes americanos empezaron a acudir a las cortes europeas para solicitar el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales que habían ganado contra demandados europeos y en donde se había condenado al pago de *punitive damages*, las cortes europeas empezaron a tomar a los *punitive damages* en serio.<sup>5</sup>

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

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

Muestra de este cambio de pensamiento en favor de la función punitiva es que algunos países europeos han realizados grandes esfuerzos —aunque, por el momento, en vano— para incorporar los *punitive damages* en sus codificaciones civiles. Es de destacar el caso de Francia.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> VANLEENHOVE, Cedric. *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*. Cambridge: Intersentia, 2016, pp. 87-88; LICARI, François-Xavier. «Prendre les punitive damages au sérieux: propos critiques sur un refus d'accorder l'exequatur à une décision californienne ayant alloué des dommages-intérêts punitifs». En *Journal du Droit International*, 2010, vol. 137, pp. 1240-1241.

<sup>6</sup> FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte y Denis MAZEAUD. «L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription». En *Uniform Law Review*, 2006, n.º 1, vol. 11, p. 122; FERRANTE, Alfredo. «Una aproximación al Avant-Projet Catala y a la nueva responsabilidad civil en el Derecho francés». En *InDret*, 2008, n.º 1, pp. 12-13; ROWAN, Solène. «Comparative observations on the introduction of punitive damages in French Law». En CARTWRIGHT, John; VOGENAUER, Stefan y Simon WHITTAKER. *Reforming the French Law of*

El artículo 1371 del Proyecto Catala (2005) propuso la incorporación de los *dommages-intérêts punitifs* (la denominación francesa de los *punitive damages*) en el Code Civil. El artículo 1386-25 del Proyecto Bétaille (2010) también intentó incorporarlos. Por su parte, el artículo 69 del Proyecto Terré (2011) pretendió reconocer los *punitive damages* bajo la denominación *réparation exemplaire* (o *exemplary damages*, la denominación inglesa de los *punitive damages*). Dado estos intentos fallidos, finalmente, el artículo 1266-1 del Projet de Réforme de la Responsabilité Civile (2017) propuso incorporar con carácter general a la *amende civile* (multa civil), que es otro nombre para referirse a los *punitive damages*. Como el término *punitive damages* está satanizado, se prefirió a otra institución pero que funciona como los *punitive damages* en la práctica.

Desde que Latinoamérica pertenece a la familia jurídica del *civil law*, no puede ser indiferente a los avances que ha experimentado Europa. En efecto, si se habla de «daños punitivos» en Latinoamérica, debemos mirar al artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor en Argentina, el cual es el primer país de dicha región que reconoce expresamente a los «daños punitivos».<sup>7</sup> Posteriormente, se intentó incorporar a la «sanción pecuniaria disuasiva» en el Código Civil argentino, pero esta reforma no tuvo éxito.

Ahora, desde el 2017, cuando se hable de «daños punitivos» en Latinoamérica se debe mirar también al Perú. Las cortes laborales peruanas emitieron el V y VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional.<sup>8</sup> El V Pleno reconoció el poder de los jueces de

---

*Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription «the Avant-projet Catala»*. Portland: Hart Publishing, 2009, p. 352 y ss.

<sup>7</sup> MOISÁ, Benjamín. «Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la Ley n.º 24.240». En *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 8, año 10, p. 270; BRODSKY, Jonathan M. «Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores». En *Lecciones y Ensayos*, 2012, n.º 90, p. 278.

<sup>8</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 2017, n.º 52, p. 13; CAMPOS GARCÍA, Héctor. «Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los *punitive damages* a la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales por los Plenos Jurisdiccionales Supremos». En *VII Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, p. 1 y ss.

imponer «daños punitivos» ante despidos incausados y fraudulentos, mientras que el VI Pleno, en casos de accidentes de trabajo. Estos plenos, en su momento, no fueron vinculantes para los jueces peruanos laborales, de manera que podían apartarse de los mismos.

Si bien existieron diversos errores al momento de regular a estos «daños punitivos» a la peruana, hasta el punto que podríamos decir que tales «daños punitivos» nacieron muertos, es de resaltar que tal reconocimiento quedará como un antecedente histórico de la recepción de la función punitiva en Latinoamérica como representante del *civil law*.

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

Por su parte, el VI Pleno señaló que los «daños punitivos»: (a) podían imponerse ante accidentes de trabajo; (b) podían otorgarse de oficio; y, (c) tenían como límite el monto otorgado por daños compensatorios (esto es, una ratio 1:1).

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

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

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

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

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

los jueces europeos y latinoamericanos no pueden crear sanciones.<sup>9</sup> Nuevamente, si se otorgan «daños punitivos», los mismos podrían ser cuestionados por su inconstitucionalidad. La manera correcta de incorporar los *punitive damages* en el *civil law* es mediante ley expresa.

Finalmente, los errores anteriores fueron advertidos en octubre de 2020 en las conclusiones del II Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Laboral y Procesal Laboral de Lima, el cual señaló que no es legal otorgar «daños punitivos» en virtud del V Pleno. Aunque sólo se refirió al V Pleno, sus conclusiones también se pueden aplicar al VI Pleno. En resumen, se trató de una pésima importación que nunca echó raíces.<sup>10</sup>

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

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

---

<sup>9</sup> QUARTA, Francesco. «Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto». En *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2008, n.º 2, vol. 31, p. 778.

<sup>10</sup> GARCÍA LONG, Sergio. «¿Aún un irritante legal? La experiencia peruana sobre los daños punitivos». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 90, diciembre 2020, pp. 49-72.

Entonces, una vez que empezaron a surgir y hacerse conocidas las externalidades derivadas de los *punitive damages* empezó la regulación americana. Existe una interesante historia, desde 1989 hasta el 2008, de los pronunciamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sobre los límites constitucionales a los *punitive damages*.<sup>11</sup> Para evitar la inconstitucionalidad, los *punitive damages* deben ser proporcionales y su cuantía no se puede basar en daños generados a terceros ajenos al proceso.

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

Esta tendencia actual demuestra que los *punitive damages* no son ahora lo que fueron antes. Y comprender esto es importante para voltear la página y discutir sobre otros temas más importantes. El problema ya no se encuentra en si los *punitive damages* son compatibles o no con el *civil law*, sino en cómo pueden regularse los mismos en un sistema jurídico distinto al de su origen.

Junto al dogma de la compensación, es importante en el *civil law* la prohibición del enriquecimiento sin causa. Se supone que el demandante no debe obtener un beneficio con ocasión de su daño. Entonces, no puede recibir *punitive damages*. Este incentivo perverso no ha sido ignorado en Estados Unidos de América y, como reacción a ello, se creó

---

<sup>11</sup> BURROWS, Vanessa K. «Constitutional Limits on Punitive Damages Awards: An Analysis of the Supreme Court Case Philip Morris USA v. Williams». En *Congressional Research Service, CRS Report for Congress*, 2007, p. 1 y ss.; BRAND, Ronald A. «Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far». En *Journal of Law and Commerce*, 2005, n.º 2, vol. 24, p. 181 y ss.; RIEDEL, Eva-Maria. «Punitive Damages - Ein Vergleich des englischen, US-amerikanischen und deutschen Rechts». En *Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Universität Bremen, ZERP-Arbeitspapier*, 2016, n.º 3, p. 33 y ss.

el *split-recovery scheme*,<sup>12</sup> por el cual se define cómo se va a distribuir la condena dineraria de *punitive damages*. En promedio, sólo el 25 % de la condena punitiva se paga en favor de la víctima. El resto va a un fondo de compensación o al Estado. Ésta sería una buena solución para que los *punitive damages* sean más atractivos para el *civil law*.<sup>13</sup>

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

En Estados Unidos de América prima la libertad y el libre mercado y se confía en que los privados iniciarán juicios cuando sea necesario proteger sus derechos. De allí que se considere que los americanos son litigiosos.<sup>14</sup> Esto es lo que se conoce como *private enforcement*.

Para que el *enforcement* sea parte de la iniciativa privada se necesita de instrumentos jurídicos que incentiven la interposición de litigios. Entre ellos se encuentran los *class actions*, *third-party funding litigation*, *contingent fees* y, claramente, los *punitive damages*. Desde que los demandantes saben que los *punitive damages* se pagan en favor de ellos, entonces tienen incentivos

---

<sup>12</sup> STEVENS, Clay R. «Split-Recovery: A Constitutional Answer to the Punitive Damages Dilemma». En *Pepperdine Law Review*, 1994, n.º 3, vol. 21, p. 857 y ss.; PARKINSON, Charles F. G. «A Shift in the Windfall: An Analysis of Indiana's Punitive Damages Allocation Statute and the Recovery of Attorney's Fees under the Particular Service Clause». En *Valparaiso University Law Review*, 1998, n.º 3, vol. 32, p. 923 y ss.; SHORES, Janie L. «A Suggestion for Limited Tort Reform: Allocation of Punitive Damages Awards to Eliminate Windfalls». En *Alabama Law Review*, 1992, n.º 1, vol. 44, p. 61 y ss.; GRUBE, E. Jeffrey. «Punitive Damages: A Misplaced Remedy». En *Southern California Law Review*, 1993, n.º 2, vol. 66, p. 839 y ss.; SLOANE, Lynda A. «The Split Award Statute: A Move toward Effectuating the True Purpose of Punitive Damages». En *Valparaiso University Law Review*, 1993, n.º 1, vol. 28, p. 473 y ss.

<sup>13</sup> Debemos advertir que el debate en torno a los *split-recovery schemes* no está completamente cerrado en el derecho americano debido a temas constitucionales. Véase HURD, Sandra N. y Frances E. ZOLLERS. «State Punitive Damages Statutes: A Proposed Alternative». En *Journal of Legislation*, 1994, n.º 2, vol. 20, p. 196; KLABEN, Matthew J. «Split-Recovery Statutes: The Interplay of the Takings and Excessive Fines Clauses». En *Cornell Law Review*, 1994, n.º 1, vol. 80, p. 104 y ss.

<sup>14</sup> FRIEDMAN, Lawrence M. *Impact. How Law Affects Behavior*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 133.

para demandar cuando sufran daños. Y si el demandante no tiene dinero para asumir los costos del juicio, esto no es un obstáculo, pues los estudios de abogados suelen tomar estos tipos de casos a través de honorarios contingentes (*contingent fees*). El abogado sólo cobra si gana una condena dineraria. O también podrían acudir a fuentes alternativas de financiamiento (*third-party funding litigation*). Pero para que los abogados tengan incentivos a tomar el caso a su exclusivo costo deben tener la posibilidad de cobrar una suma dineraria millonaria. Si existen *punitive damages*, entonces los abogados pueden asumir el riesgo de tomar el caso y sólo cobrar si ganan. Y si a esto se le agrega las *class actions*, se comprende por qué se dice que los americanos son litigiosos.<sup>15</sup>

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

Y si no existen barreras para la interposición de demandas, los potenciales responsables evitarán cometer daños, pues sabrán que no podrán escaparse. Desde el análisis económico del derecho se ha puesto especial énfasis en estos supuestos de *underdeterrence* o *lack of compensation*.<sup>16</sup> La imposición de *punitive damages* ayuda a corregir estos problemas.

Por el contrario, en Europa se prefiere al *public enforcement* a través de la regulación previa y el rol de las entidades estatales. Los demandantes no participan como fiscales público-privados encargados

---

<sup>15</sup> GARCÍA LONG, Sergio y Kevin VILLANUEVA SOTOMAYOR. «El mercado de los litigios: hacia la implementación de instrumentos de *private enforcements*». En NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio y Lucas GHERSI MURILLO (editores). *Justicia de papel. Reformas disruptivas al sistema de justicia*. Lima: Palestra, 2021, pp. 71-115.

<sup>16</sup> POLINSKY, A. Mitchell y Steven SHAVELL. «Punitive Damages: An Economic Analysis». En *Harvard Law Review*, 1998, n.º 4, vol. 111, p. 870 y ss.; POLINSKY, A. Mitchell y Steven SHAVELL. «Punitive Damages». En FAURE, Michael (editor). *Tort Law and Economics*. Volumen 1. Encyclopedia of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2009, segunda edición, p. 228 y ss.

del cumplimiento del derecho. La inexistencia de *punitive damages* es una muestra de desconfianza en el rol que pueden cumplir los ciudadanos para hacer cumplir el derecho.

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

Otro aspecto a discutir es la función compensatoria y la función «restitutoria» (*disgorgement*) de los *punitive damages*. Normalmente, los civilistas sólo se enfocan en la función punitiva y disuasiva de los *punitive damages*, pero omiten que en Estados Unidos de América los *punitive damages* cumplen otras funciones. Por particularidades del sistema americano, algunos daños no son compensables. Las cortes suelen otorgar *punitive damages* para corregir estos supuestos de *undercompensation* o *lack of compensation*.

También los *punitive damages* son usados por las cortes para corregir aquellas situaciones en donde el demandado cometió intencionalmente el daño con el objetivo de conseguir un beneficio. Como el beneficio es mayor al costo del daño, el daño es internalizado voluntariamente por el dañador. Para disuadir este tipo de conductas no basta con la condena

de los daños compensatorios, es necesario extirpar el beneficio obtenido. En el sistema anglosajón este remedio se conoce como *disgorgement*. Es común que en este tipo de casos se otorguen *punitive damages* cuya cuantía ascienda al monto de los beneficios ilícitos. En otras palabras, se tratan de *punitive damages* que imitan al *disgorgement*. Ésta fue, precisamente, la manera como se cuantificó los *punitive damages* en los conocidos casos *Grimshaw vs. Ford Motor* (1981) y *Liebeck vs. McDonald's* (1994).

Para que quede claro, el *disgorgement* no es exactamente un remedio restitutorio y, en consecuencia, no es similar al enriquecimiento ilícito. El enriquecimiento ilícito sí es un remedio restitutorio, pues el beneficio obtenido por el demandado proviene del demandante. De allí que se diga que se trata de una transferencia de riqueza reversible.<sup>17</sup> Entonces, el demandado debe devolver (*give back*) algo que estaba y salió del patrimonio del demandante. Así es como se logra el reequilibrio patrimonial. Por el contrario, el *disgorgement* no es propiamente una restitución, pues el beneficio obtenido por el demandado no proviene del patrimonio del demandante, sino de cualquier otra fuente. Entonces, más que de una devolución se trata de un despojo (*give up*) para lograr el efecto disuasivo deseado.

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

Estos son sólo algunos temas a tomar en cuenta al momento de hablar correctamente sobre los *punitive damages*. Ya no estamos en los ochenta y noventa del siglo XX, cuando lo único que se decía era que los

---

<sup>17</sup> BURROWS, Andrew. *The Law of Restitution*. Oxford: Oxford University Press, 2011, tercera edición, p. 4.

*punitive damages* eran incompatibles con el *civil law* y que debían ser estudiados sólo para saber lo que ocurre en otros lados. Actualmente, la tendencia ha cambiado. Habiéndose reconocido la existencia de la función punitiva en el *civil law*, es importante entender correctamente los *punitive damages* para incorporarlos sin problemas en el *civil law*. De lo contrario, se incurrirán en los errores y omisiones ya explicados.<sup>18</sup>

### 3. EL EXEQUATUR DE SENTENCIAS AMERICANAS DE *PUNITIVE DAMAGES*

#### 3.1. *La ejecución de sentencias americanas en países europeos*

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

Supongamos que una empresa americana demanda en Estados Unidos de América a una empresa italiana y obtiene una condena por *punitive damages*. El demandante tiene la opción de ejecutar la sentencia en Estados Unidos de América o buscar una mejor jurisdicción que le permita

---

<sup>18</sup> Para una revisión más amplia sobre la evolución de los *punitive damages* y de su recepción en el *civil law*, véase GARCÍA LONG, Sergio. «Daños punitivos en Perú». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2019, n.º 50, pp. 162-165; GARCÍA LONG, Sergio. *La función punitiva en el derecho privado*. Lima: Instituto Pacífico, 2019; GARCÍA LONG, Sergio. «Resurrección y auge de los *punitive damages* en el Civil Law». Primera Parte. En *Actualidad Civil*, 2019, n.º 58, pp. 189-224; GARCÍA LONG, Sergio. «Resurrección y auge de los *punitive damages* en el Civil Law». En *Actualidad Civil*, 2019, n.º 59, pp. 145-165.

cobrar con mayor facilidad la condena. Esto es lo que se llama *forum shopping*. Si en Italia se encuentran los principales activos del demandado, entonces es atractivo para el demandante solicitar en Italia el reconocimiento y ejecución de la sentencia americana que impone *punitive damages*.<sup>19</sup>

No existe una gran convención o tratado que regule el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras entre Estados Unidos de América y Europa, específicamente, nos referimos a sentencias americanas que busquen reconocimiento en países europeos<sup>20</sup> (por ello, siempre que nos refiramos a sentencias extranjeras se tratará de sentencias americanas). En 1999 se elaboró el *Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, pero dicho borrador no prosperó.<sup>21</sup> En su lugar se publicó *The Hague Choice of Court Convention* (2005). Estados Unidos de América firmó esta Convención, pero nunca la ratificó.

Incluso en el supuesto que Estados Unidos de América estuviese obligado a la Convención mencionada, debemos tener en cuenta que dicho instrumento internacional tiene un ámbito restringido a efectos de

---

<sup>19</sup> «Typically, the judgment creditor files an action in the forum in which the defendant's assets are located and requests that the foreign court execute the domestic judgment against these assets. Most foreign courts are required to examine the procedural and substantive laws that formed the basis for the domestic judgment to determine whether they comport with the foreign country's notion of judicial fairness. If the laws of the domestic forum are considered incompatible, enforcement of the judgment is generally denied as a matter of public policy». CAMPBELL, Dennis y Dharmendra POPAT. «Enforcing American Money Judgments in the United Kingdom and Germany». En *Southern Illinois University Law Journal*, 1994, vol. 18, p. 520.

<sup>20</sup> «There is no treaty between the European Union and the United States arranging for the mutual recognition and enforcement of judgments». VANLEENHOVE, Cedric. «Punitive Damages in the Belgian Perspective». En *European Review of Private Law*, 2018, vol. 5, p. 677; «To date, neither the EU nor any of its Member States has a treaty with the US concerning the enforcement of foreign judgments». MEURKENS, Lotte. «Axo v. Nosa from a Dutch Perspective». En *European Review of Private Law*, 2018, vol. 5, p. 685.

<sup>21</sup> BRAND, Ronald A. «The 1999 Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction and Judgments: A view from the United States». En POCAR, Fausto y Costanza HONORATI (editores). *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*. Milán: Cedam, 2005, pp. 3-4; GOTANDA, John Y. «Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?». En *Columbia Journal of Transnational Law*, 2007, vol. 45, pp. 512-513.

la ejecución de sentencias americanas de *punitive damages* en Europa. La sección 11(1) de la Convención señala como causal para rechazar el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera la imposición de *punitive* o *exemplary damages*: «Recognition and enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate the party for actual loss or harm suffered». La sección 11(2) complementa, señalando lo siguiente: «The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings».<sup>22</sup>

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

Para evitar este tipo de situaciones, en el derecho americano se suelen otorgar *punitive damages* para compensar los gastos del litigio.<sup>23</sup> Éste es un claro reconocimiento —a nivel internacional— de la función compensatoria en los *punitive damages*.

---

<sup>22</sup> Al respecto, véase GRAY, Anthony. «Enforcement of Punitive Damages Awards in the Convention on Choice of Court Agreements». En *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2009, n.º 1, vol. 17, pp. 107-108. Una regla similar se encontraba en el artículo 33 del *Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*. Al respecto, véase BRAND, Ronald A. «The 1999 Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction and Judgments: A view from the United States», pp. 10-11.

<sup>23</sup> BEUCHER, Klaus J. y John BYRON SANDAGE. «United States Punitive Damages Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1991, n.º 5, vol. 23, p. 985.

Ante la inexistencia de un gran tratado que regule el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales americanas en Europa (a diferencia de lo que ocurre con la Convención de Nueva York de 1958 en sede arbitral internacional), el reconocimiento y ejecución de estos fallos judiciales americanos normalmente se regula por la ley del país en donde se busca la ejecución.<sup>24</sup> Tal regulación legal se puede encontrar en el Código Civil (p. ej. Código Civil peruano de 1984), en el Código Procesal Civil (p. ej. el Code Civil de Procédure francés o el Zivilprozessordnung - ZPO alemán) o en una ley especial (p. ej. la Ley de Derecho Internacional Privado suiza de 1989).

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

Alemania ha permanecido como el país que se usa de ejemplo para demostrar el rechazo de los *punitive damages*. En 1992, el *Bundesgerichtshof* señaló en el caso John Doe vs. Eckhard Schmitz que los *punitive damages*

---

<sup>24</sup> «The European Union nor any of its Member States have concluded a treaty with the United States arranging for the mutual recognition and enforcement of judgments. The Brussels *Ibis* Regulation does not apply because it only deals with intra-EU judgments. The recognition and enforcement of foreign decisions in the Member States is, therefore, governed by the respective countries' national rules of private international law». VANLEENHOVE, Cedric. «The use of public policy in the enforcement of American punitive damages in the European Union». En DE BRUYNE, Jan; DE POTTER DE TEN BROECK, Michaël e Isabelle VAN HIEL (editores). *Policy within and through law*. Antwerpen: Maklu, 2015, p. 199.

son incompatibles con el orden público alemán,<sup>25</sup> salvo que tengan carácter compensatorio.<sup>26</sup>

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

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

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

En primer lugar, se debía definir qué noción de orden público se utilizaría. En algunos casos como el derecho francés, la legislación procesal exige expresamente que deberá aplicarse el orden público internacional, mientras que en otros casos se entiende que se debe aplicar la noción de orden público doméstico. Sin perjuicio de esta distinción, se debe tener en cuenta dos cosas: (a) tanto la noción de orden público

---

<sup>25</sup> SCHÜTZE, Rolf A. «The Recognition and Enforcement of American Civil Judgments Containing Punitive Damages in the Federal Republic of Germany». En *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, 1990, n.º 3, vol. 11, pp. 600-601.

<sup>26</sup> WEGEN, Gerhard y James SHERER. «Recognition and Enforcement of US Punitive Damages Judgments in Germany - A Recent Decision of the German Federal Court of Justice». En *International Business Lawyer*, 1993, n.º 10, vol. 21, p. 486.

doméstico como internacional son —en realidad— conceptos domésticos; y (b) las cortes europeas suelen aplicar el orden público internacional —que es más restrictivo— aunque no lo digan de manera expresa.

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

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

Especially in the field of enforcement of judgments, legislators, courts and scholars sometimes fail to make the appropriate distinction between public policy and the narrower concept of international public policy. More often, they realise the existence of a division but, nevertheless, muddy the waters by also employing the term public policy when referring to international public policy.<sup>27</sup>

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

En segundo lugar, sea que se hablase de orden público nacional o internacional, para decidir si los *punitive damages* eran compatibles con el orden público del país respectivo, las cortes europeas analizaban la compatibilidad de los *punitive damages* con el derecho interno, esto es, la compatibilidad de la función punitiva. Alemania concluyó que el

---

<sup>27</sup> VANLEENHOVE, Cedric. *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, p. 88.

concepto mismo de *punitive damages* era incompatible con la naturaleza compensatoria de la responsabilidad civil. Por el contrario, otros países europeos señalaron que la función punitiva es compatible con el derecho interno, pues allí ya existen otras instituciones de derecho privado que tienen naturaleza punitiva, como la cláusula penal, el daño moral, las *astreintes*, el *danno da lite temeraria*, el *disgorgement* a la europea, entre otros.

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

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

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

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

A continuación, mayores detalles de los casos resueltos por las diversas cortes europeas.

En Suiza, tenemos el caso *Trans Container Services (T. C. S.) AG vs. Security Forwarders (S. F.) Inc.* (1989). Se trata de un típico caso de incumplimiento eficiente, en donde el deudor que debía entregar unos bienes, prefirió entregarlos a otro cliente. El acreedor obtuvo una condena por daños compensatorios y *punitive damages*, cuya ejecución solicitó posteriormente en Basle. En este caso la condena punitiva se calculó teniendo en cuenta el beneficio ilícito que obtuvo el deudor por la apropiación de los bienes y la venta a los clientes. Como en Suiza también está prohibido el enriquecimiento ilícito, la corte europea ejecutó la condena punitiva.<sup>28</sup>

En Grecia tenemos la Sesión Plenaria 17/1999 de la Aerios Pagos, en donde se analizó una sentencia de Texas que impuso *punitive damages*. Se indicó que el concepto mismo de *punitive damages* no era incompatible con el orden público de Grecia y que la misma era proporcional.<sup>29</sup> Toda sanción, aunque sea privada, debe ser proporcional.

Respecto a la proporcionalidad, en el derecho internacional se suelen alegar dos normas: (a) artículo 8 de la Declaration of the Rights

---

<sup>28</sup> BERNET, Martin y Nicolas C. ULMER. «Recognition and Enforcement in Switzerland of US Judgments Containing an Award of Punitive Damages». En *International Business Lawyer*, 1994, n.º 6, vol. 22, pp. 272-273.

<sup>29</sup> GEORGIADIS, Georgios. «Punitive Damages in Europe and the USA: Doctrinal Differences and Practical Convergences». En *RHDI*, 2005, vol. 58, p. 158; ZERVOGIANNI, Eleni. «Disgorgement of Profits in Greece». En HONDIUS, Ewoud y André JANSSEN (editores). *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World*. New York: Springer, 2015, p. 233.

of Man and the Citizen del 26 de agosto de 1789;<sup>30</sup> y, (b) artículo 32 de la Regulación Roma II (2007).<sup>31</sup>

En España tenemos el caso *Miller Import Corp. vs. Alabastres Alfredo* (2001). El Tribunal Supremo señaló cuatro razones fundamentales para justificar la compatibilidad de los *punitive damages*: (1) las condenas dinerarias son compensatorias, y punitivas y disuasivas, y en consecuencia, en ocasiones es difícil distinguir tales funciones de conceptos como el daño moral; (2) las sanciones no son extrañas al derecho privado; (3) se admite cierta superposición entre los conceptos del derecho civil y el derecho penal; y, (4) siendo el derecho penal *ultima ratio*, se debe permitir mayor intervención de la función punitiva en el derecho civil.<sup>32</sup>

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

[...] French courts have constantly stuck to the *réparation intégrale* (full compensation) principle, according to which damages awarded to the plaintiff must compensate the harm he suffered, without his getting any poorer or richer from them. As French lawyers often put it, damages must compensate damage in full, and nothing but the damage (*tout le dommage, mais rien que le dommage*).<sup>33</sup>

<sup>30</sup> «The penalties laid down by law should only be such as are strictly and manifestly necessary, and no-one may be punished except by virtue of an established law, promulgated before the commission of the offence, and lawfully applied».

<sup>31</sup> «Considerations of public interest justify giving the courts of the Member States the possibility, in exceptional circumstances, of applying exceptions based on public policy and overriding mandatory provisions. In particular, the application of a provision of the law designated by this Regulation which would have the effect of causing non-compensatory exemplary or punitive damages of an excessive nature to be awarded may, depending on the circumstances of the case and the legal order of the Member State of the court seised, be regarded as being contrary to the public policy (*ordre public*) of the forum».

<sup>32</sup> ALVAREZ LATA, Natalia. «Are Punitive Damages Incompatible with the Spanish Legal System?». En *European Review of Private Law*, 2018, vol. 5, pp. 700-701; CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel. «Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos». En *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2013, n.º 21, p. 274.

<sup>33</sup> BORGHETTI, Jean-Sébastien. «France (2011)». En B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH, R. ZIMMERMANN (editores). *Digest of European Tort Law. Volume 2: Essential Cases on Damages*. Berlin: De Gruyter, p. 26.

Sin embargo, en esta oportunidad la corte francesa concluyó que los *punitive damages* no son incompatibles mientras sean proporcionales.<sup>34</sup> Una sentencia punitiva será proporcional cuando no sea mayor al monto que corresponde por daños y perjuicios, esto es, que cumpla con una ratio 1:1.<sup>35</sup>

Es interesante mencionar que en Alemania, a pesar de que se rechazó la ejecución de la condena punitiva, se afirmó que de manera excepcional una condena que lleve la etiqueta de *punitive damages* podría ejecutarse si en realidad cumple una función compensatoria —lo cual ocurre en la experiencia americana—<sup>36</sup> y si no es mayor a los daños y perjuicios. Así es como se reconoce, nuevamente, la ratio 1:1.<sup>37</sup>

En Italia tenemos la Sentencia n.º 16601-2017 (Sezioni Unite)<sup>38</sup> en donde se planteó el siguiente principio:

En el ordenamiento vigente, a la responsabilidad civil no se le ha asignado sólo la tarea de restaurar la esfera patrimonial del sujeto que ha sufrido un daño, porque son internos al sistema la función de prevención y sanción de la responsabilidad civil. No es ontológicamente incompatible con el ordenamiento italiano el instituto de origen americano del resarcimiento punitivo.

---

<sup>34</sup> LICARI, François-Xavier. *Op. cit.*, pp. 1257-1258.

<sup>35</sup> DE BRUYNE, Jan y Cedric VANLEENHOVE. «From down under all the way to the European Union - A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU». En *University of Western Australia Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 42, pp. 197-198.

<sup>36</sup> WEGEN, Gerhard y James SHERER. *Op. cit.*, p. 486.

<sup>37</sup> DE BRUYNE, Jan y Cedric VANLEENHOVE. «From down under all the way to the European Union - A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU». En *University of Western Australia Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 42, pp. 185.

<sup>38</sup> D'ALESSANDRO, Elena. «Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos». En *Revista de Derecho Privado*, 2018, n.º 34, pp. 319-320; BENATTI, Francesca. «Benvenuti Danni Punitivi... O Forse No!». En *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2017, n.º 5, año 79, pp. 568-569; QUARTA, Francesco. «Italian Corte di Cassazione 5 July 2017 no 16601. Translation». En *The Italian Law Journal*, 2017, n.º 2, vol. 3, p. 277 y ss.

#### 4. EL *EXEQUATUR* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA DEFENSA DEL ORDEN PÚBLICO

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

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

El *forum shopping*, como es evidente, es típico del arbitraje internacional y uno de sus supuestos más comunes es la ejecución de un laudo extranjero en el país donde el demandado tenga mayores activos disponibles para ser ejecutados.<sup>39</sup> Cabe advertir que la variedad de supuestos de *forum shopping* en el arbitraje internacional, a diferencia de la ejecución de sentencias judiciales extranjeras, excede largamente al supuesto de hecho enunciado.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> «Where assets of the defendant are known or presumed to exist in a particular jurisdiction, that fact alone may tilt the scales in favour of bringing the action there as opposed to another viable jurisdiction so that subsequent enforcement can proceed in the same court system». KREINDLER, Richard H. «Arbitral Forum Shopping». En CREMADES, Bernardo M. y Julian D. M. LEW (editores). *Parallel State and Arbitral. Procedures in International Arbitration*. París: ICC Publishing, 2005, p. 160.

<sup>40</sup> Véanse PAUWELYN, Joost y Luiz Eduardo SALLES. «Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im) Possible Solutions». En *Cornell International Law Journal*, 2009, n.º 1, vol. 42, p. 77 y ss.; FERRARI, Franco. «Forum Shopping in the International Commercial

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

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

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

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

---

Arbitration Context: Setting the Stage». En FERRARI, Franco (editor). *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*. New York: Sellier European Law Publisher, 2013, p. 1 y ss.; SILBERMAN, Linda y Maxi SCHERER. «Forum Shopping and Post-Award Judgments». En FERRARI, Franco (editor). *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*. New York: Sellier European Law Publisher, 2013, p. 313 y ss.

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

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

En el derecho arbitral internacional ya se tenía conocimiento de la alegación por parte de cortes europeas de la excepción del orden público para negar el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales de *punitive damages*.<sup>41</sup> La pregunta que surgía, en consecuencia, era si las cortes tendrían la misma reacción, no frente a sentencias judiciales, sino ante laudos arbitrales extranjeros. En principio, el sentido común nos dice que la reacción debería ser la misma, siempre y cuando las cortes europeas siguieran considerando los *punitive damages* como contrarios al orden público. Sin embargo, en el derecho arbitral internacional se maneja una lógica distinta y, como tal, el resultado no el mismo.

En el derecho internacional se distingue tres conceptos de orden público:<sup>42</sup> (1) «orden público doméstico», el orden público del país en donde se busca ejecución; (2) «orden público internacional», la noción de orden público internacional que tiene el país donde se busca ejecución o, en otras palabras, los aspectos nacionalistas que un país quiere

---

<sup>41</sup> «There are, for instance, examples of decisions from France, Spain and Italy refusing to recognise US judgments, or parts thereof, containing an award for punitive damages, particularly on the basis of the public policy exception». MOHTASHAMI, Reza; HOLLAND, Romilly y Farouk EL-HOSSENY. «Non-Compensatory Damages in Civil Law and Common Law Jurisdiction - Requirements and Underlying Principles». En *Global Arbitration Review*, 18 de noviembre del 2016. Para un estudio reciente sobre el concepto de orden público, véase GHODOOSI, Farshad. «The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements». En *Nebraska Law Review*, 2016, n.º 3, vol. 94, p. 685 y ss.

<sup>42</sup> Véase DOLINGER, Jacob. «World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflicts of Laws». En *Texas International Law Journal*, 1982, n.º 2, vol. 17, p. 172; HUNTER, Martin y Gui CONDE E SILVA. «Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitration». En *The Journal of World Investment*, 2003, n.º 3, vol. 4, pp. 367-368; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «“No cometerás actos impuros”: El orden público y el control judicial del laudo arbitral». En *Themis*, 2013, n.º 63, p. 199.

oponer en el ámbito internacional; y (3) «orden público supranacional», «verdadero orden público internacional», o incluso «orden público mundial», un orden público por encima de todos los países.

Esta distinción resuelve el problema de redacción que tiene la Convención de Nueva York. La norma hace referencia al orden público del país en donde se busca ejecutar el laudo extranjero, y en ningún lado hace referencia a la palabra «internacional». Pero a pesar de tal redacción, los comentaristas han señalado que allí debe entenderse que la Convención hace referencia a la noción de orden público internacional del país en donde se busca ejecución,<sup>43</sup> y ésta ha sido y es la posición dominante pues las cortes nacionales no suelen alegar el orden público interno o doméstico para impedir la ejecución de un laudo arbitral extranjero pues tienen internalizado que sólo pueden alegar su noción de orden público internacional.

---

<sup>43</sup> «According to the *Parsons* court, the public-policy defense should be narrowly construed lest it become a “major loophole in the [New York] Convention’s mechanism for enforcement.” Therefore, the rule states that “[e]nforcement of foreign arbitral awards may be denied [...] only where enforcement would violate the *forum state’s most basic notions of morality and justice.*” Now, U.S. courts use this standard to evaluate public-policy arguments in enforcement cases. Although the *Parsons* decision and its progeny do not provide any explicit guidance regarding what constitutes a “forum state’s most basic notions of morality and justice,” various U.S. cases have indicated some parameters for the defense. First, the *Parsons* court specifically noted the difference between “national” and “public” policy because reading the public-policy defense to protect national political interests would undermine the value of the New York Convention. An action that violates American public policy does not necessarily violate international public policy. Second, the public policy “must be well defined and dominant.” Lastly, the public-policy defense “must be construed in light of the overriding purpose of the [New York] Convention, which is to encourage the recognition and enforcement of commercial arbitration agreements in international contracts and to unify the standards by which agreements to arbitrate are observed and arbitral awards are enforced in the signatory countries.” These parameters are consistent with the pro-enforcement bias of the New York Convention». LU, May. The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England. En *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2006. n.º 3, vol. 23, p. 774.

### Como explica Jan van den Berg:

The public policy defense rarely causes enforcement to be refused. One reason for this is the distinction drawn between domestic and international public policy, for what is considered public policy in domestic relations does not necessarily constitute public policy in international relations. Hence, the number of matters considered as falling under public policy in international cases is smaller than in domestic ones. This distinction is justified by the differing purposes of domestic and international relations, and it is gaining increasing acceptance by the courts in cases falling within the scope of the New York Convention.<sup>44</sup>

De allí que la causal del orden público sea la más controversial.<sup>45</sup> Por ello, cuando se habla del «orden público internacional» no debe entenderse por el orden público supranacional, sino por el orden público internacional del país en donde se busca *exequatur*.<sup>46</sup> En otras palabras, el concepto de orden público internacional, sin perjuicio de su nombre, es en realidad un concepto nacional.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> JAN VAN DEN BERG, Albert. «New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2007, n.º 2, vol. 18, p. 18.

<sup>45</sup> BORN, Gary. *International Arbitration. Cases and Materials*. New York: Wolters Kluwer, 2011, p. 1188.

<sup>46</sup> «“International public policy” is a particularly confusing expression. It does not mean, as some might think, that it is “international” in the sense that public international law is international. Pieter Sanders explained that: “...international public policy, according to a general accepted doctrine, is confined to violation of really fundamental conceptions of legal order in the country concerned”. This does not add much by way of clarification, except to emphasize that it relates to the legal order *in the country concerned*. The international public policy of one country may not be the same as the international public policy of another country. By contrast, the concept of “transnational public policy” involves the identification of principles that are commonly recognized by political and legal systems around the world». HUNTER, Martin y Gui CONDE E SILVA. *Op. cit.*, pp. 367-368.

<sup>47</sup> «International public policy is, despite its name, a purely national concept». VANLEENHOVE, Cedric. «Citizen’s participation through U.S. punitive damages: Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?». En APPERMONT, Niels y Ulrike CERULUS (editores). *Participatie van de burger in de rechtsorde. Participation du citoyen à l’ordre juridique*. Brugge: Die Keure, 2017, p. 89; «En esa línea se ha dicho que el orden público internacional es, en el fondo, nacional, no internacional, y que la distinción resulta, en consecuencia, artificial. El adjetivo internacional meramente la utilizad cuando el orden público opera dentro del derecho internacional privado». MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Lima: Caballero Bustamante, 2013, p. 496.

Entonces, es claro en el ámbito internacional que la excepción del orden público no puede leerse de manera amplia, sino restringida, y que debe entenderse que la causal se refiere al orden público internacional y no al orden público doméstico.<sup>48</sup> Esto es así pues un arbitraje que se somete al derecho internacional no puede depender de los estándares domésticos de arbitrajes nacionales.

Si estamos ante partes con nacionalidades distintas, incluso de diferentes familias jurídicas (una de Francia y otra de Estados Unidos de América) que optan por someter su controversia al derecho internacional porque ninguna de ellas aceptaría someterse al derecho nacional del otro (por ello se someten a los principios Unidroit), entonces es lógico que la excepción del orden público cumpla con estándares internacionales.

#### Explica Bullard:

Así, en la «nube» internacional que se eleva sobre los Estados, y como ocurre cuando uno se va al cielo, las reglas son distintas [...] Son usualmente más permisivas y flexibles, y las reglas de orden público pierden el tono marcial que muchas tienen en sus países de origen. Los «actos impuros» terrenales no necesariamente tienen el mismo carácter que los «actos impuros celestiales».<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> «The provision of a “public policy” defense to enforcement of an arbitral award under Article V(2)(b) might appear to have created a major loophole in the New York Convention’s pro-enforcement policy. While concern about this possibility has been expressed, precedent has shown that U.S. courts will uphold this defense only where enforcement would violate the “most basic notions of morality and justice”». MCLAUGHLIN, Joseph T. y Laurie GENEVRO. «Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention - Practice in U.S. Courts». En *International Tax & Business Lawyer*, 1986, n.º 2, vol. 3, p. 258; «The standard for setting aside an award as contrary to public policy is stringent. In the United States, the award must be contrary to the forum’s “most basic notions of morality and justice”. The English standard is similarly strict, requiring that the award be “clearly injurious” or “wholly offensive”. Perhaps influenced by the strict American and English standards, other national courts, such as those in Canada and Australia, have formulated comparable standards». CURTIN, Kenneth-Michael. «Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws». En *Defense Counsel Journal*, 1997, p. 277.

<sup>49</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 197.

Lo anterior ha sido confirmado en el 2002 por el Final International Law Association Report on Public Policy, la cual señala en su Recommendation 1(b) que:

In the context of enforcement of arbitral awards, the legislatures and courts of a number of countries have sought to qualify or restrict the scope of public policy by applying a test of «international public policy». Leading commentators have also approved the narrowing of the public policy exception and the application of «international public policy». The Committee endorses the application of a test of «international public policy».<sup>50 51</sup>

El concepto de orden público internacional fue definido en el *leading case* Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. vs. *Societe Generale* d L'Industrie du Papier (1974),<sup>52</sup> en donde se indicó que la excepción de orden público de la Convención de Nueva York debe ser aplicada de manera restrictiva y «only where enforcement would violate the forum states' most basic notions of morality and justice»,<sup>53</sup> pues «To read the public policy defense as a parochial device protective of national political interests would seriously undermine the Convention's utility».<sup>54</sup> Ésta es la noción de orden público internacional y es la que se usa en arbitraje internacional.

---

<sup>50</sup> MAYER, Pierre y Audley SHEPPARD. «Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards». En *Arbitration International*, 2003, n.º 2, vol. 19, p. 251.

<sup>51</sup> Véase también GIBSON, Christopher S. «Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law». En *Penn State Law Review*, 2009, n.º 4, vol. 113, p. 1266: «[...] the recommendations of the ILA's Final Report provide a sound guide for an enforcement court's discretion by emphasizing that refusal to enforce an award should occur only in "exceptional circumstances," and that consideration should be given to whether a relevant mandatory rule reflects the "essential" political, social, cultural, moral, or economic interests of the States concerned. The Final Report is an excellent example of the arbitration system internalizing its own regulatory function and signifies a major contribution to the civilization of arbitration».

<sup>52</sup> BORN, Gary. *International Arbitration. Cases and Materials*, p. 1191.

<sup>53</sup> BERGLIN, Hakan. «The Application in United States Courts of the Public Policy Provision of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards». En *Dickinson Journal of International Law*, 1986, n.º 2, vol. 4, p. 168.

<sup>54</sup> FARNSWORTH, E. Allan. «Punitive Damages in Arbitration». En *Stetson Law Review*, 1991, n.º 2, vol. 20, pp. 405-406.

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

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

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

### 5.1. *El caso Mastrobuono*

De manera previa debemos advertir que el caso Mastrobuono surge de una controversia arbitral nacional, sobre *securities* y en el contexto de una relación contractual con consumidores. Sin perjuicio de ello, lo resuelto

en dicho caso tiene un impacto en el arbitraje comercial internacional,<sup>55</sup> pero dicha jurisprudencia debe ser aplicada con cuidado pues encuentra varios matices frente a las reglas del derecho internacional. Este caso es el punto de partida cuando se discute si los árbitros tienen o no poder sancionador para imponer *punitive damages*.

Todo empieza por lo resuelto por la Supreme Court en *Mastrobuono* vs. Shearson Lehman Hutton, Inc. (1995),<sup>56</sup> el cual es considerado como uno de los casos que demuestra la revolución en favor del arbitraje en Estados Unidos de América.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> GOTANDA, John Y. «Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of *Mastrobuono* v. Shearson Lehman Hutton, Inc.». En *Harvard International Law Journal*, 1997, n.º 1, vol. 38, p. 77.

<sup>56</sup> *Mastrobuono* es uno de los casos más comentados en la experiencia americana arbitral. Al respecto, CLEARY, John P. «Filling *Mastrobuono*'s Order: The NASD Arbitration Policy Task Force ensures the Enforceability of Punitive Damages Awards in Securities Arbitration». En *Business Lawyer (ABA)*, 1996-1997, n.º 1, vol. 52, p. 199 y ss.; BORN, Gary. «Punitive Damages Awards under New York Law after *Mastrobuono*». En *ASA Bulletin*, 1995, n.º 3, vol. 13, p. 394 y ss.; GOTANDA, John Y. «Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of *Mastrobuono* v. Shearson Lehman Hutton, Inc.», p. 59 y ss.; WILLIAMS, Victor. «Punitive damages in arbitration: *Mastrobuono* and the need for creation of a national court of commercial appeals». En *Commercial Law Journal*, 1995, n.º 3, vol. 100, p. 281 y ss.; MUNDHEIM, Peter M. «The desirability of punitive damages in securities arbitration: Challenges facing the industry regulators in the wake of *Mastrobuono*». En *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, n.º 1, vol. 144, p. 197 y ss.; LANSING, Paul y John D. BAILEY. «The Future of Punitive Damages in Securities Arbitration Cases after *Mastrobuono*». En *DePaul Business Law Journal*, 1996, n.º 2, vol. 8, p. 201 y ss.; JONES, Isham R. III. «Exemplary Awards in Security Arbitration: Short-Circuited Rights to Punitive Damages. *Mastrobuono* v. Shearson Lehman Hutton, Inc.». En *Journal of Dispute Resolution*, 1995, n.º 1, 1995, p. 129 y ss.; BARRETT, Joshua M. «Federal Arbitration Policy after *Mastrobuono* v. Shearson Lehman Hutton, Inc.». En *Willamette Law Review*, 1996, n.º 2, vol. 32, p. 517 y ss.; SILVERMAN, Stuart I. «Punitive Damages Awards in Commercial Arbitrations: The Role of Federal Substantive Law in deriving Contractual Intent». En *Commercial Law Journal*, 1997, n.º 3, vol. 102, p. 306 y ss.; BLUM, Darren C. «Punitive Power: Securities Arbitrators Need It». En *Nova Law Review*, 1995, n.º 3, vol. 19, p. 1063 y ss.; SHELL, G. Richard. «Federal versus State Law in the Interpretation of Contracts Containing Arbitration Clauses: Reflections on *Mastrobuono*». En *University of Cincinnati Law Review*, 1996, n.º 1, vol. 65, p. 43 y ss.; EFRON, David J. «Muddied Waters: Awards of Punitive Damages in Disputes Arbitrated pursuant to Brokerage Firm Customer Agreements». En *DePaul Business Law Journal*, 1995, n.º 2, vol. 7, p. 333 y ss.; CASAZZA, Perry E. «Nevada's *Mastrobuono*: How the 2011 Legislature threw another wrench into de punitive damages machine of arbitration law». En *Drake Law Review*, 2002, n.º 1, vol. 51, p. 189 y ss.

<sup>57</sup> CARBONNEAU, Thomas E. «The Revolution in Law through Arbitration». En *Cleveland State Law Review*, 2008, n.º 2, vol. 56, pp. 239-240.

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

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

New York suele ser una de las sedes arbitrales preferidas.<sup>58</sup>

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

Antes de Mastrobuono primaba la regla establecida en el caso *Garrity vs. Lyle Stuart* (1976),<sup>59</sup> en donde se indicó que bajo el derecho de New York sólo los jueces podían otorgar *punitive damages*. Los árbitros no tenían el poder para imponer sanciones.<sup>60</sup> Se trataba de una regla arbitral y no de derecho sustantivo. La Corte de Apelaciones de Nueva York señaló que:

<sup>58</sup> CHOI, Stephen J. y Theodore EISENBERG. «Punitive Damages in Securities Arbitration: An Empirical Study». En *Journal of Legal Studies*, 2010, n.º 2, vol. 39, p. 509; GREENHOUSE, Linda. «Court Backs Investors on Damage Awards». En *The New York Times*, 7 de marzo de 1995.

<sup>59</sup> Para una descripción detallada del caso, véase Stipanowich, 1997-1998, p. 11 y ss.

<sup>60</sup> STIPANOWICH, Thomas J. «Punitive damages in Arbitration: *Garrity v. Lyle Stuart, Inc.* Reconsidered». En *Boston University Law Review*, 1986, n.º 5, vol. 66, p. 958.

[...] punitive damages is a sanction reserved to the State, a public policy of such magnitude as to call for judicial intrusion to prevent its contravention. Since enforcement of an award of punitive damages as a purely private remedy would violate strong public policy, an arbitrator's award which imposes punitive damages should be vacated [...] The freedom of contract does not embrace the freedom to punish, even by contract.<sup>61</sup>

Entonces, los árbitros no tenían poder punitivo y tampoco las partes podían otorgar dicho poder a los árbitros.

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

La Supreme Court tomó el caso y concluyó que los árbitros sí tenían el poder para imponer *punitive damages* dado que la cláusula de *choice-of-law* sólo se refería al derecho sustantivo, mas no al derecho arbitral, y señaló que las partes en virtud de su autonomía privada pueden pactar en el convenio arbitral el poder de los árbitros para imponer *punitive damages*, incluso si el derecho nacional precluye de tal poder a los árbitros. En

---

<sup>61</sup> MOURRE, Alexis. «Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability, and Duties of the Arbitral Tribunal». En LOUKAS A., Mistelis y Stavros L. BREKOULAKIS (editores). *Arbitrability. International and Comparative Perspectives*. Netherlands: Wolters Kluwer, 2009, p. 223; JONES, Glower W. «Awarding Punitive Damages by Arbitration». En *The Construction Lawyer*, 1987, n.º 3, vol. 7, p. 21.

otras palabras, la FAA y su conocida política pro arbitraje<sup>62</sup> primaron sobre la regla de Garrity.<sup>63</sup>

Lo resuelto por la Supreme Court en *Mastrobuono* puede resumirse en dos grandes conclusiones: (1) debe primarse lo pactado en el convenio arbitral, y si las partes pactaron que podían someter a arbitraje la imposición de *punitive damages*, entonces este pacto debe respetarse; y, (2) si el convenio arbitral no dice nada sobre el poder de los árbitros de imponer *punitive damages*, e incluso el convenio arbitral es lo suficientemente amplio, se entenderá que tal poder existe. Así es como se cambia la regla supletoria: mientras que antes se discutía que los árbitros sólo tendrían el poder para imponer *punitive damages* en caso de pacto expreso, ahora los árbitros podrán imponer *punitive damages* salvo que las partes expresamente excluyan este remedio en el convenio arbitral.

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

Even if the reference to «the laws of the State of New York» is more than a substitute for ordinary conflict-of-law analysis [...] the provision might not preclude the award of punitive damages because New York allows its courts, though not its arbitrators, to enter such awards. In other words, the provision might include only New York's substantive rights and obligations, and not the State's allocation of power between alternative tribunals.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Volumen 1. New York: Wolters Kluwer, 2009, pp. 1067-1068; MITCHELL, Ian D. y Richard A. BALES. «Concepcion and Preemption under the Federal Arbitration Act». En *Yearbook on Arbitration and Mediation, In Memory of Professor Hans Smit*, 2012, vol. 4, p. 9 y ss.

<sup>63</sup> CHOI, Stephen J. y Theodore EISENBERG. *Op. cit.*, p. 510; GOTANDA, John Y. «Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*», pp. 71-72; MUNDHEIM, Peter M. *Op. cit.*, p. 2010.

<sup>64</sup> CASAZZA, Perry E. *Op. cit.*, p. 210.

Conforme a la Supreme Court, también debemos tener en cuenta que el artículo 13 del Client Agreement permitía que el arbitraje se realice bajos las reglas de la NASD. El artículo 41(e) del Code of Arbitration Procedure del NASD señala que los árbitros podrán otorgar «damages and other relief», mientras que un manual que se otorga a los árbitros del NASD señala que «The issue of punitive damages may arise with great frequency in arbitrations. Parties to arbitration are informed that arbitrators can consider punitive damages as a remedy».<sup>65</sup> Entonces, el artículo 13 no puede interpretarse como un pacto expreso en contra del poder sancionador de los árbitros.

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

Además, una cláusula ambigua debe interpretarse en favor del arbitraje. Como señaló la Supreme Court en el caso *Volt Information Sciences vs. Board of Trustees* (1989): «due regard must be given to the federal policy favoring arbitration, and ambiguities as to the scope of the arbitration clause itself [should be] resolved in favor of arbitration».<sup>66</sup>

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

---

<sup>65</sup> WILLIAMS, Victor. *Op. cit.*, p. 307.

<sup>66</sup> THOMPSON, Patricia H.; DEVANEY, BROOKS, Donna; CAMP, John A. y William D. PALMER. «Consumer and Customer Disputes». En ATLAS, Nancy F.; HUBER, Stephen K. y E. Wendy TRACHTE-HUBER (editores). *Alternative Dispute Resolution. The Litigator's Handbook*. New York: ABA Publishing, 2000, p. 134.

preferred which operates against the party who supplies the words or from whom a writing otherwise proceeds».

Entonces, interpretando lo pactado en el convenio arbitral y lo señalado en la cláusula de *choice-of-law*, la Supreme Court concluyó que no había intención de pacto en contra del poder punitivo de los árbitros,<sup>67</sup> por el contrario, existían razones para concluir que dicho poder sí existió para el caso en concreto.

Es pertinente subrayar que posterior a Mastrobuono, el NASD, uno de los SRO (Self-Regulatory Organization) más importantes en el negocio de corretaje y *securities*, emitió en 1996 un reporte titulado

---

<sup>67</sup> El pacto de un convenio arbitral no puede ser considerado como argumento para señalar que las partes quisieron renunciar a su derecho de solicitar la imposición de *punitive damages* en arbitraje. Véase STIPANOWICH, Thomas J. «Punitive Damages and the Consumerization of Arbitration». En *Northwestern University Law Review*, 1997-1998, n.º 1, vol. 92, pp. 34-35): «First of all, interpreting a typical arbitration clause as a waiver of the ability to seek sanctions would be totally contrary to the reasonable expectations of the typical signatory of a contract containing an arbitration agreement. The agreement to arbitrate usually represents nothing more than a waiver of normal judicial process in favor of an alternative procedure. Ignoring this basic reality would permit companies that incorporate arbitration clauses in standard form contracts to insulate themselves from sanctions by means of boilerplate language-boilerplate the normal reader would never interpret as resulting in a deprivation of a basic substantive right available in litigation. Surely, the typical consumer would not sign an arbitration agreement if she were aware that the option to arbitrate came at such a price. Second, public policy restrictions on prospective waivers of sanctions apply just as strongly in arbitration agreements as in other contracts. In *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, for example, the Supreme Court made clear that public policy limitations on advance waivers of multiple statutory damages under federal antitrust laws applied with equal vigor to arbitration agreements: “We [...] note that in the event the choice-of-forum and choice-of-law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party's right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy. Thus, even an *explicit* statement in an executory arbitration agreement that punitive damages were not available in arbitration would not mean that they were categorically unavailable, but only that such relief was beyond the scope of the arbitrator's authority. They would still have to be available somewhere—namely, in the public justice system. To reach any other conclusion would frustrate the goals of punishment and deterrence, do violence to reasonable expectations, and, very likely, undermine the viability of arbitration”»; «A contract that forces parties to arbitrate all disputes may shield a wrongful party from the penalty it might have been subject to in a court proceeding while, at the same time, the aggrieved party may be denied the reward he or she truly desires». MARINUZZI, Lorenzo. «Punitive Damages in Arbitration: The Debate Continues». En *American Bar Association. Handbook of Commercial Arbitration*. New York: Juris, 2010, segunda edición, p. 509.

*Securities Arbitration Reform*,<sup>68</sup> en donde propuso (a) fomentar el uso de *punitive damages* en *securities arbitration*; (b) indicó que el poder punitivo de los árbitros no es contrario al orden público bajo la FAA; (c) que no se puede pactar en contra del poder punitivo de los árbitros; y (d) señaló como límite de la cuantía punitiva el menor de dos veces los daños compensatorios o US\$ 750 000.<sup>69</sup>

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

De los 6803 laudos estudiados, se otorgaron daños en 3329 casos, lo cual representa un porcentaje del 48,9 %. De los 3329 casos en 304 (el 9,1 %) se impuso *punitive damages*.<sup>70</sup>

### Arbitration Awards, 1992-2006

	Mean	Median	N
Punitive award	446 725	109 844	304
Compensatory award	156 077	43 653	3329
Compensatory award in cases with punitive award	410 707	113 130	304

**Note.** The data consist of 6803 Financial Industry Regulatory Authority/National Association of Securities Dealers awards decided by 418 arbitrators. Mean and median values are in inflation-adjusted 2007 dollars.

<sup>68</sup> CHOI, Stephen J. y Theodore EISENBERG. *Op. cit.*, p. 510.

<sup>69</sup> CLEARY, John P. *Op. cit.*, p. 203 y ss.

<sup>70</sup> CHOI, Stephen J. y Theodore EISENBERG. *Op. cit.*, pp. 511-512.

Finalmente, otro ámbito donde es común la imposición de *punitive damages* en arbitraje es en controversias sobre *antitrust* en virtud del RICO (Racketeer Influenced Corrupt Organisations Act).<sup>71</sup> La sección 1964(c) señala que «Any person injured in his business or property by reason of a violation of section 1962 of this chapter [...] shall recover threefold the damages he sustains and the cost of the suit, including a reasonable attorneys fee [...]».

Esta especie de *punitive damages* se conoce como *treble damages*. A diferencia de los *punitive damages*, cuya cuantía es determinada por el árbitro o juez, en los *treble damages* la ley señala de manera previa un múltiplo al cual deberá ascender la cuantía (*multiple damages*). Este múltiplo está relacionado a la cuantía de los daños compensatorios. Entonces, si la víctima sufrió daños por 100, en virtud del RICO se puede solicitar 300 como condena total (100 por daños y 200 en sanción).

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

Debemos diferenciar entre el poder punitivo de los árbitros y el ejercicio de tal poder punitivo. El hecho de que los árbitros estén autorizados para otorgar *punitive damages* no quiere decir que lo harán.<sup>72</sup>

La primera pregunta que debemos responder es si los árbitros tienen el poder para imponer *punitive damages*. Si la respuesta es afirmativa, aún queda pendiente analizar si los árbitros deberán ejercer dicho poder en un caso en concreto. Si se concluye que el convenio arbitral es lo suficientemente amplio como para incluir el poder sancionador del

---

<sup>71</sup> MOURRE, Alexis. *Op. cit.*, p. 221; OFFENKRANTZ, Ronald J. «Arbitrating RICO: Ten years after *McMahon*». En *Columbia Business Law Review*, 1997, n.º 1, vol. 1997, p. 45 y ss.

<sup>72</sup> JIA FEI, Jessica; McDONALD, Damien y Eunice BAI. «Awards of Punitive Damages». En BRAY, Devin y Heather L. BRAY (editores). *Post-Hearing Issues in International Arbitration*. New York: Juris, 2013, p. 50.

árbitro o existe un pacto expreso al respecto, esto no quiere decir que los árbitros deberán ejercer sí o sí dicho poder.

Claramente, y de manera general, debe evaluarse el caso en concreto para determinar si conviene imponer *punitive damages*. Entre los presupuestos que usualmente concurren —no necesariamente todos— para que se decida por imponer *punitive damages* se encuentran: (1) que el daño haya sido ocasionado por una conducta especialmente reprochable; (2) que se genere una particular intolerancia en la sociedad; (3) que se haya generado un daño irreparable; (4) que se tenga como política mantener la inalienabilidad del derecho afectado; y, (5) que se busque mandar un mensaje a todo tercero para que dicha conducta no vuelva a ocurrir.

Sin embargo, en sede arbitral tenemos un presupuesto adicional: (6) la obligación del árbitro de emitir un laudo susceptible de ejecución en sede internacional.<sup>73 74</sup> Por ejemplo, el artículo 41 de las ICC Rules señala: «In all matters not expressly provided for in the Rules, the Court and the arbitral tribunal shall act in the spirit of these Rules and shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law».

Téngase en cuenta que se trata de una obligación de medios y no de una obligación de resultados. Esto se debe a la existencia de causales de rechazo por parte de las cortes de ejecución. Precisamente, la causal del orden público le otorga a la corte, donde se busca ejecución del laudo extranjero, discrecionalidad para decidir si el laudo supera o no el estándar del orden público. Como el orden público es una cláusula general, habrá que esperar a que el juez aplique la cláusula al caso concreto. Por

---

<sup>73</sup> NIGEL, Blackaby; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Redfern and Hunter. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, sexta edición, pp. 506-507; SUTCLIFFE, Jonathan. «The Award». En KOLKEY, Daniel M.; CHERNICK, Richard y Barbara REEVES NEAL (editores). *Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation*. New York: Juris, 2012, tercera edición, p. 240.

<sup>74</sup> «Parties attach great importance to the enforceability of an award, so should the arbitrators. Arbitrators should not only pay attention to the application of law in their hands, but also the realisation of the parties' rights awarded». JIA FEI, Jessica; McDONALD, Damien y Eunice BAI. *Op. cit.*, p. 52.

ello, el tribunal arbitral no puede asegurarse de emitir un laudo completamente inatacable. Lo que deberá hacer, por el contrario, es tomar en cuenta diversos factores que le permita concluir que el laudo será susceptible de ejecución en sede internacional.

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

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

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

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

Pensemos también en Italia. Hasta el 2016, un tribunal arbitral no tendría razones para pensar que una corte italiana ejecutaría un laudo punitivo. En *Parrott vs. Fimez* (2007) se señaló que los *punitive damages* son contrarios al orden público de Italia.<sup>75</sup> Ello fue confirmado cinco años después en el caso *Soc Ruffinatti vs. Oyola-Rosado* (2012).<sup>76</sup> Sin embargo, esta postura antipunitiva cambió en el 2017 con la Sentencia n.º 16601-2017 (Sezioni Unite), en donde se reconoció expresamente que la responsabilidad civil en Italia no es exclusivamente compensatoria al cumplir también con las funciones punitiva y disuasiva. Ahora, y desde el 2017, un tribunal arbitral podría otorgar *punitive damages* en un arbitraje internacional contra una empresa italiana, pues podría asumir que de buscarse ejecución en Italia el laudo punitivo sería ejecutado.

Esta evolución jurisprudencial nacional es favorable al desarrollo de la función punitiva en el arbitraje comercial internacional. Antes tenía menos sentido analizar el poder sancionador de los árbitros, pues de ejercerlo sus laudos no serían ejecutables. Sin embargo, y dada la nueva

---

<sup>75</sup> BENATTI, Francesca. *Correggere e Punire dalla Law of Torts All'Inadempimento del Contratto*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 131; QUARTA, Francesco. «Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto», pp. 755-757.

<sup>76</sup> COPPO, Letizia. «The Grand Chamber's Stand on the Punitive Damages Dilemma». En *The Italian Law Journal*, 2017, n.º 2, vol. 3, p. 605.

jurisprudencia, ahora sí tiene sentido pactar expresamente el poder punitivo en el convenio arbitral, pues los árbitros podrán ejercerlos y emitir laudos válidos y susceptibles de ejecución en Europa.

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

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

El tribunal arbitral debe distinguir correctamente la condena punitiva de la condena compensatoria. En caso la corte europea concluya que los *punitive damages* vulneran el orden público, sólo podrá rechazar la porción punitiva, pero deberá ejecutar la porción compensatoria. Por el

contrario, si no se distingue correctamente y la corte opta por una posición antipunción, terminará rechazando la totalidad del laudo.<sup>77</sup>

Recordemos que las cortes de ejecución no pueden revisar el contenido de la sentencia o laudo extranjero por la prohibición de *révision au fond*. Entonces, las cortes europeas no podrían analizar y concluir que cierta parte es punitiva y que cierta es compensatoria. Por ello, los árbitros deben delimitar correctamente lo que otorgan en el laudo.

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

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

Dentro de una controversia internacional sometida al derecho internacional, los *punitive damages* no necesitan de reconocimiento legal, pues la principal fuente del arbitraje es la autonomía privada que se materializa en el convenio arbitral.<sup>78</sup> Frente a ello destaca doctrina del

---

<sup>77</sup> NIGEL, Blackaby; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Redfern and Hunter. *Op. cit.*, p. 519.

<sup>78</sup> «A universal principle of contemporary arbitration is that contract plays a vital role in the governance of arbitration. The vitality of that role can vary by legal system, court, statute, or treaty. Nonetheless, party agreement often provides the most significant rules for regulating arbitrations and conducting arbitral proceedings. This is especially true in international commercial arbitration. There, the lack of a functional transborder legislative and adjudicatory process made contract the principal source of law for international commercial transactions

*delocalised arbitration*<sup>79</sup> o desnacionalización,<sup>80</sup> que desvincula al arbitraje de cualquier aspecto doméstico.<sup>81</sup> Entonces, basta con el pacto de las partes.<sup>82</sup> No tiene sentido pensar en una ley expresa pues la misma simplemente no puede existir cuando se trata de controversias internacionales entre partes de diferentes países.

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

Entonces, si se admite que las partes pueden conceder a los árbitros el poder punitivo, la necesidad de ley expresa deviene en innecesaria,

---

and arbitrations». CARBONNEAU, Thomas E. «The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements». En *Carbonneau on International Arbitration: Collected Essays*. New York: Juris, 2011, pp. 417-419; «[...] prevailing notion of the process of international commercial arbitration as largely autonomous, with no allegiance to any particular municipal law, and governed par excellence by party autonomy». ALVIK, Ivar. *Contracting with Sovereignty. State Contracts and International Arbitration*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 28.

<sup>79</sup> LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A, y Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer International Law, 2003, p. 64 y ss.; POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. *Comparative Law of International Commercial Arbitration*. Londres: Thomson, 2007, p. 91 y ss.

<sup>80</sup> MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Op. cit.*, p. 401.

<sup>81</sup> BAMODU, Olugbenga. «The Rome I Regulation and the relevance of non-State law». En STONE, Peter y Youseph FARAH (editores). *Research Handbook on EU Private International Law*. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 238-237.

<sup>82</sup> «The primary rationales for de-localization of international commercial arbitration track arguments made in favor of party autonomy. In general -rather than concerning themselves with abstract notions of justice in dispute resolution- parties seek complete autonomy, or certainly very high levels of it, in the arbitration process as the most efficient means of settling the dispute. As the "cornerstone of international arbitration," party autonomy would seem to equate to predictability, a fundamental rationale for international arbitration. Parties want to predict and structure the risks facing them, and do not want to be hampered with (1) great divergences in the laws by which their obligations and rights will be judged, or (2) the possibility that the loser in a dispute will be able to unravel a desirable outcome by calling on the national courts to interfere with the proceedings, or perhaps even nullify them». THEOFRASTOUS, Theodore C. «International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-localization Debate». En *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1999, n.º 2, vol. 31, pp. 464-465.

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

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

Con relación a las otras limitaciones constitucionales que los árbitros deben respetar, el derecho de defensa prohíbe que se puedan imponer sanciones de oficio. Sólo proceden a pedido de parte y sólo podrá otorgarse si la parte contra la que se pide la sanción tuvo la oportunidad de defenderse.

La proporcionalidad tiene que ver con la cuantía de los *punitive damages*. Los árbitros deben tener en cuenta que las cortes europeas admiten los *punitive damages* siempre que sean proporcionales. Si son desproporcionales, se considerarán como contrarios al orden público. Al respecto, y a manera de guía, Francia y Alemania consideran que una sentencia punitiva será proporcional si no supera el monto que se otorgó por daños.

La prohibición de doble sanción impide imponer más de una sanción a la misma persona por un mismo hecho. Este límite resulta

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

En Estados Unidos de América existe debate y preocupación respecto a los límites constitucionales sobre los *punitive damages* en arbitrajes, sobre todo respecto a la aplicación del *due process clause*.<sup>83</sup> Es una típica crítica que el arbitraje otorga menos *judicial review* frente a una sanción privada, a diferencia del Poder Judicial. Incluso se suele afirmar que los límites constitucionales no se aplican al arbitraje, pues al ser el mismo un juicio privado, también lo son los remedios que se otorgan en ellos, incluso los punitivos.

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

En general, se verificará el cumplimiento de los límites constitucionales a través de las causales de anulación del laudo o las causales de

---

<sup>83</sup> MUNDHEIM, Peter M. Op. cit., p. 241; BOYARSKY, Stuart M. «The Confirmation of Punitive Damages Awards in Arbitration: Did Due Process Disappear?». En *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2006, n.º 2, vol. 6, p. 229 y ss.; KOPP, Andrew. «Securities Arbitration Awards of Punitive Damages: Protective or Expansive Steps for Review. *Sawtelle v. Waddell & (and) Reed, Inc.*». En *Journal of Dispute Resolution*, 2004, n.º 1, vol. 2004, p. 289 y ss.

rechazo de *exequatur*. Sobre todo, cláusulas generales como el orden público, que necesitan aplicarse al caso concreto para definir su contenido, podrán ser utilizadas para tomar en cuenta cualquier incumplimiento constitucional que pueda considerarse en contra de las nociones básicas de la moral y la justicia. Si se emite un laudo punitivo vulnerando el derecho de defensa, la prohibición de sanción múltiple o la proporcionalidad, la corte podría alegar que tal laudo viola el orden público y así hacer respetar los límites constitucionales.

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

#### **5.3.1. Mastrobuono en el arbitraje comercial internacional**

Teniendo en cuenta lo resuelto en Mastrobuono, existen dos posiciones respecto a cuándo es posible que los árbitros otorguen *punitive damages*: (1) una *posición liberal*, que de una interpretación extensiva de Mastrobuono considera que será posible interponer *punitive damages* si los árbitros tienen dicho poder punitivo, independientemente de lo que diga el derecho sustantivo;<sup>84</sup> y (2) una *posición conservadora*, que considera que deben concurrir tanto el poder punitivo del árbitro (*lex arbitri* y convenio

---

<sup>84</sup> «Under a mechanical application of Mastrobuono, when neither the contract nor the applicable arbitral rules prohibit punitive damages, an arbitrator sitting in the United States would have the authority to award such relief, even if the governing law prohibits awards of punitive damages» y «An express provision authorizing punitive damages may conflict with a choice-of-law clause when the substantive law chosen by the parties prohibits exemplary relief [...] Since French law does not allow exemplary relief, the choice-of-law clause and the arbitration provision appear to be in conflict on the issue of the availability of exemplary relief. The arbitrator here should have the authority to award punitive damages even though French law prohibits such award. This is because, in applying the law applicable to the dispute, the arbitrator must take into account all of the terms of the contract and must read the choice-of-law clause in conjunction with other contractual provision. Accordingly, the express language authorizing punitive damages would be read as modifying the choice-of-law clause». GOTANDA, John Y. «Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.», pp. 60 y 90-91; NOUSSIA, Kyriaki. «Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?». En *Journal of International Arbitration*, 2010, n.º 3, vol. 27, p. 281: «as Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton Inc. shows, the Federal Arbitration Act pre-empts state substantive law»; «The NASD Task Force's

arbitral) como el reconocimiento legal de los *punitive damages* por el derecho sustantivo (*lex contractus*).<sup>85</sup>

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

---

recommendations specifically eliminate the possibility of diluting this authorization of punitive damages. By proposing to give arbitrators authority to award punitive damages irrespective of state law to the contrary and by dictating the state law governing all disputes, the NASD Task Force has rendered the Garrity rule about as useful to the industry as sandals in a marathon». CLEARY, John P. *Op. cit.*, p. 217; «Arbitration entered its modern era in the 1920s when Congress passed the Federal Arbitration Act (FAA) to ensure specific performance of agreements to arbitrate future disputes. Since that time, most states have passed similar statutes, usually a variant of the Uniform Arbitration Act (UAA). With this legislative encouragement, arbitration enjoyed steady, if unspectacular, growth. Then, a short decade ago, the Supreme Court issued a series of opinions declaring the FAA a source of substantive federal arbitration law that preempts conflicting state law and sweeps away many pre-existing public policy limitations on the use of arbitration». STIPANOWICH, Thomas J. «Punitive Damages and the Consumerization of Arbitration», pp. 2-3; «The question of whether an arbitral tribunal has the power to impose penal sanctions will however depend on the law of the place of arbitration (the *lex arbitri*) and on the terms of the arbitration agreement». JIA FEL, Jessica; McDONALD, Damien y Eunice BAI. *Op. cit.*, p. 52.

<sup>85</sup> «The arbitral panel, before deciding a claim for punitive damages, must determine if the substantive law governing the merits of the dispute permits an award of punitive damages. Once the panel determines that it has the necessary authority under the governing substantive law, the panel must determine whether it has the power to make such an award by examining the law applicable at the seat of the arbitration (*lex arbitri*) and the arbitration award». SUTCLIFFE, Jonathan. *Op. cit.*, p. 239; «Accordingly, in order for arbitrators to be able to grant exemplary damages in a particular case, both the applicable arbitration law and substantive law must authorize exemplary relief». PETSCHKE, Markus. «Punitive Damages in International Commercial Arbitration: A Conflict of Law Lesson». En *Journal of International Arbitration*, 2013, n.º 1, vol. 30, p. 40; «An arbitral tribunal's authority to award non-compensatory damages is constrained in two ways: the first substantive and the second procedural. With respect to the first, the applicable law, the *lex arbitri*, the arbitration agreement, and the arbitration rules (where applicable) will together determine a tribunal's authority to award such damages». MOHTASHAMI, Reza; HOLLAND; Romilly y Faraouk EL-HOSSENY. «Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions - Requirements and Underlying Principles». En TRENOR, John A. (editor). *The Guide to Damages in International Arbitration*. Londres: Law Business Research, 2017, segunda edición, pp. 29-30.

arbitraje internacional. Hay varias cuestiones a tomar en cuenta que permiten hacer los matices necesarios.

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

Con relación a la primera regla fundamental, analicemos el impacto de la nueva regla supletoria. De manera previa, siempre debemos recordar que los *punitive damages* tienen origen anglosajón y que en el contexto de un arbitraje comercial internacional se puede generar un choque de ideologías entre *common law* y *civil law*. Los *punitive damages* no se encuentran reconocidos expresamente en los códigos civiles europeos, a pesar de que sean bien conocidos entre los civilistas. Esta ausencia legislativa —aunque no doctrinal ni jurisprudencial— tiene, ciertamente, un impacto en el arbitraje. Si no existe alguna norma en el Código Civil que permita a los jueces imponer *punitive damages*, es de esperarse que las legislaciones arbitrales tampoco se pronuncien al respecto.

Diferente es el escenario en Estados Unidos de América. Desde que allí sí se admite abiertamente la imposición de *punitive damages*, existen instrumentos arbitrales que sí se pronuncian sobre la posibilidad de someter a arbitraje la imposición de *punitive damages*.<sup>86</sup> Mientras que las reglas del NASD autorizan el poder punitivo de los árbitros, el artículo 31(5) del ICDR-AAA Arbitration Rules señala que las partes no pueden

---

<sup>86</sup> FRIEDLAND, Paul D. *Arbitration Clauses for International Contracts*. Segunda edición. New York: JurisNet, 2007, pp. 100-101.

solicitar *punitive damages* a menos que expresamente se haya pactado.<sup>87</sup> Recordemos que, a diferencia del *civil law*, el *common law* parte de una perspectiva remedial del derecho de contratos,<sup>88</sup> de manera que los instrumentos arbitrales americanos sí se pronuncian expresamente sobre los remedios que pueden otorgar un árbitro, a diferencia de lo que ocurre en los instrumentos de derecho de arbitraje del *civil law*.

Si bien algunos instrumentos de arbitraje se pronuncian expresamente sobre la procedencia de los *punitive damages*, lo mismo no ocurre en otros casos. Tal silencio, sin embargo, no se considera como prueba de que los árbitros no tienen poder punitivo.<sup>89</sup> En todo caso, habrá que revisar qué dice el convenio arbitral.

La Rule 47 (antes Rule 43) de la American Arbitration Association Commercial Arbitration Rules, que regula la extensión del laudo (*scope of award*), señala que «The arbitrator may grant any remedy or relief that the arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties [...]». Desde que esta disposición es amplia y otorga gran poder remedial a los árbitros, se ha considerado que la misma incluye la posibilidad de imponer *punitive damages* si el convenio arbitral no lo excluye (Gotanda, 1997, pp. 79-80).

El artículo 26 de las Rules del London Court of International Arbitration regula al laudo y sólo señala la posibilidad de los árbitros de

---

<sup>87</sup> «Unless the parties agree otherwise, the parties expressly waive and forego any right to punitive, exemplary, or similar damages unless any applicable law(s) requires that compensatory damages be increased in a specified manner. This provision shall not apply to an award of arbitration costs to a party to compensate for misconduct in the arbitration».

<sup>88</sup> Al respecto, véase SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. «¿Dónde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo “ubi remedium, ibi ius”». En *Forseti*, 2014, n.º 2, p. 110 y ss.

<sup>89</sup> «Under the predominant view, the silence of the applicable arbitration law does not imply that arbitrators lack the ability to grant punitive damages relief, although the parties may agree to exclude this ability». PETSCHKE, Markus. *Op. cit.*, p. 36.

imponer intereses, pero nada respecto a *punitive damages*.<sup>90</sup> Por su parte, tanto la ICC Rules of Arbitration como la Uncitral Arbitration Rules, no contienen alguna disposición respecto a la extensión del laudo ni a los poderes remediales de los árbitros.

Dentro de este escenario, uno podría concluir que dado que ciertos instrumentos arbitrales no señalan nada al respecto, debería entenderse que los árbitros no tienen el poder para otorgar remedios punitivos en tales circunstancias. En todo caso, habría que revisar si en el convenio arbitral existe un pacto expreso respecto a dicho poder. Sin embargo, con Mastrobuono se considera que el silencio de los instrumentos arbitrales no es un problema pues si el convenio arbitral no contiene un pacto en contra e incluso es lo suficientemente amplio, entonces se entenderá que la intención de las partes fue que los árbitros sí tengan el poder para otorgar *punitive damages*. Se podría hablar de un poder implícito e, incluso, innominado del árbitro<sup>91</sup> que, en todo caso, para que no pueda ejercerlo se necesita de pacto en contra.

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

En el arbitraje comercial internacional, por su carácter internacional, se da especial preferencia al pacto de las partes. Las partes son las que definen todos los aspectos procedimentales y sustantivos relacionados a la resolución de su controversia. En la experiencia americana, y de la mano de la FAA, existe un claro y fuerte favoritismo en respetar estrictamente los términos del convenio arbitral. Entonces, y como ya

---

<sup>90</sup> «26.4 Unless the parties have agreed otherwise, the Arbitral Tribunal may order that simple or compound interest shall be paid by any party on any sum awarded at such rates as the Arbitral Tribunal decides to be appropriate (without being bound by rates of interest practiced by any state court or other legal authority) in respect of any period which the Arbitral Tribunal decides to be appropriate ending not later than the date upon which the award is complied with».

<sup>91</sup> Sobre los poderes inherentes e innominados del árbitro, véase DEL PRATO, Enrico. «Los poderes innominados de los árbitros». En *Derecho PUCP*, 2018, n.º 80, p. 161 y ss.

se indicó en *Mastrobuono*, si las partes pactan el poder de los árbitros de otorgar *punitive damages*, dicho pacto debe respetarse.

Por otro lado, si el convenio arbitral no dice nada al respecto, y tampoco la *lex arbitri*, no debemos concluir inmediatamente que los árbitros no tienen poder punitivo. Debemos tener en cuenta otros aspectos para verificar cuál fue la intención de las partes: (1) análisis de la cláusula de *choice-of-law*; (2) los usos y costumbres; y (3) otros términos del contrato o circunstancias.<sup>92</sup>

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

Los usos y costumbres podrían ser de ayuda para concluir si la controversia concreta es una en donde normalmente se imponen *punitive damages*. Como sabemos, los usos y costumbres son fuente de derecho en el arbitraje comercial internacional y por ello, ante falta de pacto, ellos podrán aplicarse de manera supletoria. Lo cierto es que los *punitive damages* son la excepción en controversias arbitrales, pues tal sanción privada es generalmente admitida en casos de *torts* y sólo excepcionalmente en casos de *breach of contract*. A pesar de ello, podría argumentarse que en determinados sectores sí existe una práctica en favor de los *punitive damages*. Aunque sea de manera excepcional, algunos tribunales arbitrales

---

<sup>92</sup> GOTANDA, John Y. «Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*», pp. 96-98.

han otorgado *punitive damages* en controversias marítimas,<sup>93</sup> de *securities* y sobre *antitrust*.

Finalmente, se pueden tomar en cuenta otras cláusulas del contrato que contiene el convenio arbitral. Si en alguna cláusula del contrato se indicara que en caso de incumplimiento el deudor deberá pagar *punitive damages*, no se deberá entender dicha cláusula como una de estilo (sobre todo, si la ley aplicable es una civilista), sino como muestra de la intención de las partes de someter a arbitraje la posibilidad de imponer una sanción privada. Por otro lado, si la cláusula de *choice-of-law* designa como ley sustantiva una que reconoce los *punitive damages*, deberá entenderse que la intención de las partes fue otorgar a los árbitros el poder punitivo. No podría decirse que también se necesita el pacto expreso en favor de los *punitive damages* en el convenio arbitral.

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

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

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

---

<sup>93</sup> GOTANDA, John Y. «The Unpredictability Paradox: Punitive Damages and Interest in International Arbitration». En *Journal of World Investment & Trade*, 2009, n.º 4, vol. 10, p. 555; JIA FEI, Jessica; McDONALD, Damien y Eunice BAI. *Op. cit.*, p. 68.

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

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

La discusión se encuentra en definir qué se debe entender por *state law*; si se hace referencia sólo al derecho de arbitraje o también al derecho sustantivo. Para los americanos esto no genera mayor problema, pues para ellos los *punitive damages* en arbitraje es una cuestión arbitral sobre la definición de los poderes del árbitro. Esto es así porque los *punitive damages* ya son ampliamente reconocidos en Estados Unidos de América, de manera que los jueces pueden aplicarlos. Entonces cuando se habla de los árbitros, ya no se discute sobre el derecho sustantivo, sino sobre el derecho arbitral. Entonces, el poder punitivo de los árbitros se discute como un problema del derecho de arbitraje.

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

Entonces, la discusión surge cuando estamos ante un arbitraje comercial internacional donde se pactó expresamente el poder punitivo

de los árbitros, pero se eligió como ley sustantiva una que no reconoce la posibilidad de otorgar *punitive damages*. En este escenario, existen dos posiciones respecto a cómo aplicar lo resuelto en Mastrobuono.

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

Al respecto, no olvidemos que en el *civil law* se admite que los árbitros, siempre que exista pacto de las partes,<sup>94</sup> puedan actuar como *amiable compositeur*, esto es, resolver la controversia sin aplicar reglas de derecho.<sup>95</sup> Entonces, entiéndase que el *amiable compositeur* tiene poderes más amplios que un árbitro de derecho, pero claramente no ilimitados, pues siempre deberá respetar el acuerdo de las partes y el derecho de defensa. No está de más recordar que el laudo no puede ser cuestionado por un juez cuando haya sido emitido por un *amiable compositeur*.<sup>96</sup>

Téngase también presente que un *amiable compositeur* es distinto y tiene poderes más amplios que un árbitro de conciencia o equidad. En países como Francia,<sup>97</sup> España<sup>98</sup> y Holanda<sup>99</sup> se reconoce expresamente a la equidad en los respectivos códigos civiles, y ella es aplicada al momento de resolver una controversia contractual (con todos los peligros

---

<sup>94</sup> Por ejemplo, el artículo 28(3) de las reglas Uncitral señala que «The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so».

<sup>95</sup> GOTANDA, John Y. «Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.», p. 91.

<sup>96</sup> CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. y Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. New York: ICC Publishing, 1990, pp. 312-313.

<sup>97</sup> Artículo 1194 del Code Civil.

<sup>98</sup> Artículo 3(2) del Código Civil español.

<sup>99</sup> Artículo del 6:2(2) del Burgerlijk Wetboek

que ello representa). Entonces, un arbitraje de equidad, aplicando tales codificaciones civiles, es realmente un arbitraje de derecho. Por el contrario, el *amiable compositeur* es un verdadero árbitro que no se basa en el derecho, que podría incluso aplicar la equidad en sistemas jurídicos en donde la misma no está reconocida expresamente por la ley.

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

Si se elige por un *amiable compositeur*, entonces se otorgan amplios poderes a los árbitros para ir más allá de la *lex mercatoria* y los principios de justicia (los cuales ya son aplicados por los árbitros de derecho) y, en consecuencia, pueden actuar tanto como jueces y legisladores.<sup>100</sup> En este contexto, el árbitro podría decidir que es justo imponer una sanción con base en la equidad.<sup>101</sup> Si esto ya se permite en el arbitraje internacional, un árbitro de derecho podría imponer un remedio punitivo basándose en lo pactado en el convenio arbitral, principal ley para las partes respecto al procedimiento arbitral y de lo que puede someterse a arbitraje.

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

---

<sup>100</sup> CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. y Jan PAULSSON. *Op. cit.*, p. 137.

<sup>101</sup> Por ejemplo, en el *common law* se discute si el *disgorgement* es un remedio de equidad o se trata de una sanción. Este remedio permite otorgar en favor del demandante, y ante la comisión de un daño, un monto calculado con base en el beneficio ilícito que termina siendo mayor a los daños.

partes no sabían lo que estaban pactando. Por ejemplo, que tanto una empresa francesa y una americana no sabían, cuando negociaban su contrato internacional, que en Europa no existen los *punitive damages* en las codificaciones europeas, y que ellas mismas, en su ignorancia, pactaron —de manera contradictoria— el poder punitivo en su convenio arbitral, pero eligieron como ley sustantiva una civilista.

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

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

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

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

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

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

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

Dado que normalmente los instrumentos arbitrales no se pronuncian sobre si los árbitros tienen o no poder punitivo, lo primero que se deberá revisar es lo que las partes pactaron en el convenio arbitral. Los árbitros tendrán poder punitivo si: (1) existe pacto expreso; o (2) si la redacción del convenio arbitral es lo suficientemente amplia que,

adicionalmente a otros criterios (*choice-of-law*, usos y costumbres, y otras circunstancias jurídicas o fácticas) se puede concluir que las partes no quisieron excluir la posibilidad de litigar sobre *punitive damages*.

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

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

Los árbitros son conscientes de que se encuentran ante una controversia internacional en donde prima la autonomía privada<sup>102</sup> y, en consecuencia, desvinculados (*delocalised*)<sup>103</sup> de cualquier obstáculo de fuente nacional. Y como debe darse preferencia al pacto de las partes y optar

<sup>102</sup> ALVIK, Ivar. «Arbitration in long-term international petroleum contracts: The “Internationalization” of the applicable law». En SAUVANT, Karl P. (editor). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 390.

<sup>103</sup> Al respecto, véase PAULSSON, Jan. «Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin». En *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, n.º 2, vol. 30, p. 358 y ss.; PAULSSON, Jan. «Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters». En *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, n.º 1, vol. 32, p. 53 y ss.; GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. París: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 35; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2011, tercera edición, p. 75 y ss.

por una postura pro arbitraje, optan por otorgar *punitive damages*. Pero no basta sólo con ello. Los árbitros deben procurar que el laudo que emitirán sea susceptible de ejecución en sede internacional. En el contexto de un arbitraje internacional en donde se litiga sobre *punitive damages*, se debe prestar atención a: (1) el *forum shopping*; (2) la aplicación de la noción restringida de orden público, esto es, internacional; (3) la correcta división en el laudo de la porción compensatoria de la punitiva; y, (4) el respeto a los límites constitucionales de los *punitive damages* (sobre todo la proporcionalidad).

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

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

Adicionalmente, se debe leer de manera conjunta el convenio arbitral y la cláusula de *choice-of-law*. ¿Cuál sería el sentido de pactar el poder punitivo en el convenio arbitral y pactar conjuntamente una ley sustantiva que no reconoce los *punitive damages*? ¿Debemos partir de la premisa que las partes no sabían lo que estaban pactando o no que tenían suficiente asesoría legal? Tengamos en cuenta que en las jurisdicciones

civiles no existe una prohibición expresa a la imposición de *punitive damages* por parte de los árbitros. Lo que hay es silencio legal. Entonces, si se pacta el poder punitivo y la cláusula de *choice-of-law* sólo se limita a señalar cuál será la ley de fondo, entiéndase que el convenio arbitral modifica a la cláusula de *choice-of-law* para incluir como materia arbitrable los *punitive damages*.<sup>104</sup>

Como indicó la U.S. Supreme Court en el conocido caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth* (1985), en donde se discutió sobre *punitive damages* conforme a RICO:

To be sure, the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular States; hence, it has no direct obligation to vindicate their statutory dictates. The tribunal, however, is bound to effectuate the intentions of the parties.<sup>105</sup>

Por su parte, como indicó Lord Justice Waller en el caso inglés *Halpern vs. Halpern* (2007):

Thus, if parties wish some form of rules or law not of a country to apply to their contract, then it is open to them to so agree, provided there is an arbitration clause [...] The court would give effect to the parties agreement in that way.<sup>106</sup>

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

<sup>104</sup> GOTANDA, John Y. «Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*», p. 91.

<sup>105</sup> LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A, y Stefan M. KRÖLL. *Op. cit.*, p. 203; FRICK, Joachim G. *Arbitration and Complex International Contracts*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 50.

<sup>106</sup> BAMODU, Olugbenga. *Op. cit.*, p. 238.

El *tercer supuesto* es aquél en donde los árbitros tienen poder para otorgar *punitive damages* y las partes pactaron como ley aplicable (*choice-of-law*) una que reconoce los *punitive damages* (por ejemplo, Nueva York<sup>107</sup>). En principio, no debería haber mayor obstáculo a la imposición de *punitive damages* si las partes pactaron el poder punitivo en el convenio arbitral. Sin embargo, el análisis hasta acá realizado se ha enfocado sólo en el convenio arbitral y la cláusula de *choice-of-law*. Si a ello le agregamos los efectos que puede tener la sede del arbitraje, podríamos tener algún inconveniente.

En principio, la sede del arbitraje es sólo un lugar físico en donde se realizará el arbitraje. Una controversia arbitral puede estar sometida al derecho sustantivo de Nueva York, entre una parte francesa y una americana, y sólo por temas de comodidad y gusto, elegir a Ginebra (Suiza), porque los altos directivos aman dicha ciudad. Dentro de este escenario, Suiza es sólo el salón del hotel donde se realizarán las audiencias arbitrales.<sup>108</sup>

Sin embargo, en el derecho internacional existe una excepción a la aplicación de la cláusula de *choice-of-law* que consiste en impedir aplicar el derecho sustantivo elegido si ella vulneraría el orden público de la sede del arbitraje.<sup>109</sup> En nuestro ejemplo, Suiza no tiene vinculación alguna con la controversia arbitral; sin embargo, si los árbitros son cautelosos y optan por la posición conservadora, podrían cohibirse y decidir no imponer *punitive damages* porque el laudo se emitiría en Suiza y el derecho sustantivo de Suiza no reconoce los *punitive damages*. Los árbitros podrían

---

<sup>107</sup> Recordemos que la prohibición en Nueva York conforme a Garrity es respecto al derecho arbitral y no respecto al sustantivo, pues los jueces sí pueden imponer *punitive damages*.

<sup>108</sup> LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A, y Stefan M. KRÖLL. *Op. cit.*, p. 64.

<sup>109</sup> Véase VANLEENHOVE, Cedric. *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*, p. 73 y ss. Por otro lado, el artículo 21 del Rome I Regulation y el artículo 26 de Rome II Regulation, contienen la misma redacción cuando regulan a la excepción del orden público: «The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum».

ser extracautelosos y preferir no emitir un laudo que posteriormente pueda ser anulado por las cortes suizas en razones de orden público.<sup>110</sup>

En efecto, esto fue lo que ocurrió en el conocido laudo ICC n.º 5946 de 1990, en donde los árbitros, a pesar de que la ley del fondo permitía otorgar *punitive damages*, decidieron por cohibirse y no ejercer su poder punitivo porque la sede era Suiza y los *punitive damages* vulnerarían el orden público de Suiza.<sup>111</sup>

Si partimos de la premisa que estamos ante un arbitraje a nivel internacional y sometido a reglas de estándar internacional, entonces no tiene sentido que la sede del arbitraje pueda intimidar a los árbitros a ejercer los poderes conferidos por las partes o, en otras palabras, a incumplir los términos y condiciones del convenio arbitral. Laudos como el ICC n.º 5946 no deben repetirse. Explica Paulsson que «[...] the obligatory force of an arbitral award need not necessarily be derived from the law of the place where the award happened to be rendered».<sup>112</sup>

La regla para los árbitros internacionales es que la sede es sólo un lugar físico y, como tal, un concepto tan discrecional como el orden público no puede cohibirlos de cumplir lo pactado en el convenio arbitral. No existe una *lex fori* que deba cumplirse en el arbitraje internacional<sup>113</sup> y, por ello, estamos ante un *forum-less arbitration*.<sup>114</sup>

<sup>110</sup> MOURRE, Alexis. *Op. cit.*, pp. 225-226.

<sup>111</sup> MOHTASHAMI, Reza; HOLLAND; Romilly y Faraouk EL-HOSSENY. «Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions - Requirements and Underlying Principles», 2017, pp. 30-31; ZARRA, Giovanni. «The doctrine of punitive damages and international arbitration». En *Diritto del Commercio Internazionale*, 2016, n.º 4, año 30, p. 985.

<sup>112</sup> PAULSSON, Jan. «Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters», p. 53.

<sup>113</sup> FRICK, Joachim G. *Op. cit.*, p. 50.

<sup>114</sup> «[...] the seat of arbitration is chosen for little more than the sake of convenience. Arbitral tribunals need not operate like the national courts of a particular state simply because they have their seat there. Arbitrators do not derive their powers from the state in which they have their seat but rather from the sum of all the legal orders that recognize, under certain conditions, the validity of the arbitration agreement and the award. This is why it is often said that arbitrators have no *forum*». GAILLARD, Emmanuel. «The Enforcement of Awards Set Aside

El árbitro internacional se encuentra en una posición distinta a la de un juez que debe solucionar una controversia nacional. El juez peruano resuelve controversias que surgen en el Perú. Por otro lado, un árbitro internacional —y de nacionalidad peruana— puede resolver cualquier tipo de controversia internacional que sea sometida a su competencia por pacto de las partes litigantes, sin importar cuál sea la nacionalidad de las partes. Por ello, los árbitros internacionales no tienen una sede ni un derecho sustantivo estatal en sentido estricto.<sup>115</sup> Entonces, entiéndase que su principal guía es lo pactado por las partes en el convenio arbitral.

Precisamente, debido a esta desvinculación, en el arbitraje internacional se suele aplicar un derecho no estatal,<sup>116</sup> lo cual no es típico de controversias nacionales. Los principios Unidroit, la Convención de Nueva York y la Ley Modelo Uncitral, son algunos ejemplos de derechos no estatales aplicables a controversias arbitrales internacionales.

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

The parties shall be free to determine, by agreement, the law to be applied by the arbitrators to the substance of the dispute. Failing any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrators shall apply the proper law under the rule of conflict that the arbitrators deem

---

in the Country of Origin». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1999, n.º 1, vol. 14, p. 18; «It follows from the above that the mandatory rules of the place of arbitration cannot have any binding application as such in an arbitration which does not owe its existence or authority to the law of the place, and whose courts cannot, or are not likely to, intervene». NYGH, Peter. *Autonomy in International Contracts*. New York: Clarendon Press, 1999, p. 228.

<sup>115</sup> FRICK, Joachim G. *Op. cit.*, p. 49.

<sup>116</sup> MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Op. cit.*, p. 383 y ss.

applicable. In both cases the arbitrators shall take account of the terms of the contract and trade usages.

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

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

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

El *quinto supuesto* es aquél en donde habiéndose emitido un laudo punitivo, la parte perdedora solicita la anulación del laudo. Si se trata de un laudo punitivo, en Estados Unidos de América se suele invocar el exceso del árbitro en el ejercicio de sus poderes (*exceeded their powers*), conforme al 9 U.S.C. Sect. 10(a)4 del FAA.<sup>117</sup> Mientras que en jurisdicciones del *civil law*, en teoría, las causales que podrían alegarse serían arbitrabilidad, vulneración de los términos del convenio arbitral y orden

---

<sup>117</sup> «(a)In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made».

público. En la práctica, sin embargo, la causal que se invoca es la del orden público —en este caso— doméstico o internacional dependiendo de lo que señale la ley arbitral o procesal nacional.

En este caso estamos ante las cortes nacionales de la sede del arbitraje que alegan su orden público como causal para anular el laudo punitivo emitido por el tribunal arbitral. El estándar del orden público que se usará dependerá de lo que señale la ley arbitral o procesal de la sede. Lo contrario ocurre cuando se trata de la ejecución de laudos extranjeros. En estos casos, y por aplicación de la Convención de Nueva York, las cortes nacionales no pueden usar la noción doméstica de orden público, sino la internacional.

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

En virtud de la internacionalidad del arbitraje y su delocalización, y a pesar de las ya conocidas críticas frente a la posibilidad de que una segunda corte de un país vea el laudo ya anulado por una primera corte de un país distinto,<sup>118</sup> se ha admitido la ejecución de laudos anulados

---

<sup>118</sup> Véase MARTÍNEZ FRAGA, Pedro J. *International Commercial Arbitration. United States doctrinal developments and American style discovery*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008, p. 229: «The problem is simple. Does the Convention's regime contemplate having a court in the secondary state sit in judgment of a tribunal in the primary state to determine whether the tribunal in the primary state properly applied its own substantive law in vacating or otherwise suspending an arbitration award, the rendition of which, by the arbitral tribunal, comports with the substantive law of the secondary state? Is this philosophical normative basis to be taken seriously, and if so, how? Are tribunals in the secondary state where enforcement is sought best placed to sit in judgment of the legal analysis underlying the vacatur of an arbitration award by the primary state? Would investing secondary states with the ability to sit in judgment of vacatur proceedings undertaken by the primary state provide the non-prevailing party with an incentive to apply to multiple secondary signatory states for confirmation of the award vacated in the primary states?»; JAN VAN DEN BERG, Albert. «Enforcement of annulled awards?». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, n.º 2, vol. 9, p. 15; PAULSSON, Jan.

desde que el laudo anulado no se considera muerto ni tiene efectos *erga omnes*.<sup>119</sup> Como se indicó en el caso Hilmarton:

The [first] award rendered in Switzerland is an international award which is not integrated in the legal system of that State, so that it remains in existence even if set aside and its recognition in France is not contrary to international public policy.<sup>120</sup>

Se han reportado ocho casos de ejecución de laudos anulados, destacando las cortes francesas por ser una jurisdicción amigable:<sup>121</sup> *Société Pablak Ticaret Limited Sirketi vs. Norsolor S. A.* (1984), *Société Hilmarton Ltd. vs. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)* (1994), *Chromalloy Aeroservices vs. Arab Republic of Egypt* (1996), *Karaha Bodas Co. vs. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara* (2004), *Société PT Putrabali Adyamulia vs. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices* (2007), *Yulos Capital S. A. R. L. vs. Oao Rosneft* (2009), *Juan Jose Castillo Bozo vs. Leopoldo Castillo Bozo y Gabriel Castillo Bozo* (2013).<sup>122</sup>

También se ha reportado casos en donde se ha rechazado la ejecución de laudos anulados: *Baker Marine (Nig.) Ltd. vs. Chevron (Nig.) Ltd. y Chevron Corp., Inc.* (1999), *Termorio S. A. E. S. P. y LeaseCo*

---

«Enforcing arbitral awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, n.º 1, vol. 9, p. 17 y ss.; CANTUARIAS, Fernando. «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje». En *Derecho PUCP*, 2003, n.º 56, pp. 602-603.

<sup>119</sup> Véase PAULSSON, Jan. «Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters», p. 59.

<sup>120</sup> POLKINGHORNE, Michael. «Enforcement of Anulled Awards in France: The Sting in the Tail». En *White & Case*, enero 2008, p. 1.

<sup>121</sup> GAILLARD, Emmanuel. «The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin», p. 19.

<sup>122</sup> Véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Ejecución de laudos anulados: Hacia un estándar analítico uniforme». En *Arbitraje PUCP*, 2014, n.º 4, p. 123 y ss.

Group LLC vs. Electranta S. P. (2007),<sup>123</sup> Martin I. Spier vs. Calzaturificio Tecnica S.p.A. (1999),<sup>124</sup> así como EDF International S. A. vs. Endesa Latinoamérica S. A. y YPF S. A. (2009), en donde el laudo anulado buscó ejecución en Brasil y Chile, siendo rechazada en ambas jurisdicciones.<sup>125</sup>

Recordemos que el artículo V de la Convención de Nueva York tiene el famoso «*may*» (podrá) en su primer párrafo,<sup>126</sup> de manera que las cortes de ejecución no están obligadas a rechazar los laudos extranjeros en virtud de las causales del artículo V; por el contrario, tienen la opción de elegir entre rechazar o ejecutar.<sup>127</sup> Entonces, respecto a laudos anulados, las cortes de ejecución tienen la discreción de no aplicar la causal del artículo V(1)(e)<sup>128</sup> y decidir por ejecutar laudos anulados. Además, se debe considerar la posición pro arbitraje del artículo VII de la Convención de Nueva York respecto a la ejecución de los laudos.<sup>129</sup>

---

<sup>123</sup> Véase MARTÍNEZ FRAGA, Pedro J. *Op. cit.*, p. 229.

<sup>124</sup> Véase JAN VAN DEN BERG, Albert. «New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement», p. 15.

<sup>125</sup> Véase CANTUARIAS, Fernando y José Luis REPETTO DEVILLE. «Aplicación de la Convención de Nueva York por las cortes latinoamericanas». En *Ius Et Veritas*, 2017, n.º 55, pp. 214-215.

<sup>126</sup> «1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: [...]».

<sup>127</sup> GOODE, Roy. «The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration». En *Arbitration International*, 2001, n.º 1, vol. 17, p. 22; PAULSSON, Jan. «Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters», p. 60; PARK, William W. «Arbitration of International Contract Disputes». En *Business Lawyer (ABA)*, 1984, n.º 4, vol. 39, p. 1790.

<sup>128</sup> «(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made».

<sup>129</sup> «1. The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon». Véase PAULSSON, Jan. «Enforcing arbitral awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)», pp. 15 y 28; MANTILLA-SERRANO, Fernando. «Algunos apuntes sobre la ejecución de laudos anulados y la Convención de Nueva York». En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, n.º 15, p. 21.

Entonces, incluso si el laudo es anulado por las cortes de la sede por cuestiones de orden público, sobre todo nacional, el demandante ganador podría llevar su laudo anulado y solicitar la ejecución del mismo en otra sede, cuyas cortes sólo podrán alegar el orden público internacional. Se trata de un laudo flotante (*floating awards*).<sup>130</sup>

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

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

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

El demandante ganador tiene el derecho a solicitar la ejecución de su laudo en una sede extranjera en virtud de la Convención de Nueva York. La corte de la ejecución podrá elegir entre aceptar o rechazar el laudo extranjero. Si decide rechazarla, lo hará por cuestiones de orden público. Sin embargo, a diferencia de la corte de la sede del arbitraje que

---

<sup>130</sup> GAILLARD, Emmanuel. «The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin», p. 40.

ve la anulación, la corte de ejecución sólo podría rechazar el laudo extranjero si contraviene el orden público internacional. Como hemos indicado, estos rechazos en sede arbitral son bien raros.

A ello debemos agregar el nuevo escenario en la jurisprudencia del derecho internacional privado respecto al *exequatur* de sentencias americanas punitivas. Suiza, Grecia, España, Francia e Italia se han pronunciado en favor de la compatibilidad de los *punitive damages* con sus respectivas nociones de orden público (nacional en unos casos, internacional en otros). Si ya una corte europea se pronunció en favor de los *punitive damages*, esto genera una fuerte presunción en favor de la ejecutabilidad internacional de un laudo punitivo. Si una corte europea señaló que los *punitive damages* son compatibles con el orden público doméstico, en teoría otra corte del mismo país no debería rechazarlos en virtud de la noción —más restrictiva— de orden público internacional.

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

## 6. ¿PUNITIVE DAMAGES EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN?

La lógica del arbitraje internacional cambia cuando estamos ante arbitrajes de inversión. En un arbitraje comercial internacional rige finalmente el derecho privado. Pero cuando estamos ante un arbitraje de inversión aplica el derecho internacional público, y éste no ve con buenos ojos los *punitive damages*.<sup>131</sup> En efecto, existe un expreso rechazo frente a la posibilidad de imponer este tipo de sanción privada.<sup>132</sup> Señala

---

<sup>131</sup> JAGUSCH, Stephen y Thomas SEBASTIAN. «Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?». En *Arbitration International*, 2013, n.º 1, vol. 29, p. 58.

<sup>132</sup> RIPINSKY, Sergey y Kevin WILLIAMS. *Damages in International Investment Arbitration*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008, pp. 116-117.

Wittich que «penal remedies against States would be contrary to the principle of sovereign equality».<sup>133</sup>

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

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

El artículo 34 «Forms of Reparation» señala que «Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter».

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

---

<sup>133</sup> WITTICH, Stephan. «Punitive Damages». En CRAWFORD, James; PELLET, Alain y Simon OLLESON (editores). *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 668.

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

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

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

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

Al respecto, en el conocido y altamente comentado caso *Desert Line vs. Yemen* (2008), se otorgó \$ 1 millón por daño moral, y cuando se desarrolló la justificación, fue evidente la existencia de la función punitiva:

[T]he physical duress exerted upon the executives of the Claimant, was malicious and therefore constitutes fault based-liability. Therefore, the Respondent shall be liable to reparation for injury suffered by the Claimant, whether it be bodily, moral or material in nature. The Arbitral Tribunal agrees with the Claimant that its prejudice was substantial since

it affected the physical health of the Claimant's executive and Claimant's credit and reputation [...] The Arbitral Tribunal considers that, based on the information at hand and general principles, an amount of USD 1 000 000 should be granted for moral damages, including loss of reputation.<sup>134</sup>

### Como explica Gotanda:

On its face, this award appears compensatory in nature; that is, it compensates Desert Line for loss of reputation and for other harm to the company that flowed from injury to its executive. However, because the tribunal emphasized the «malicious» nature of the respondent's conduct as its justification, the award raises a red flag.<sup>135</sup>

Por su parte, como afirman Mohtashami, Holland y El-Hosseny, «The tribunal's focus on the state's fault begs the question as to whether the tribunal was seeking not only to compensate the claimant but also to reprimand the state».<sup>136</sup>

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

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

- the State's actions imply physical threat, illegal detention or other analogous situations in which the ill-treatment contravenes the norms according to which civilized nations are expected to act;

<sup>134</sup> GOTANDA, John Y. «The Unpredictability Paradox: Punitive Damages and Interest in International Arbitration», p. 557.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> MOHTASHAMI, Reza; HOLLAND; Romilly y Faraouk EL-HOSSENY. «Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions - Requirements and Underlying Principles», 2017, p. 36.

- the State's actions cause a deterioration of health, stress, anxiety, other mental suffering such as humiliation, shame and degradation, or loss of reputation, credit and social position; and
- both cause and effect are grave or substantial.<sup>137</sup>

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

Sin perjuicio del test propuesto en Lemire, en un caso posterior se volvió a reconfirmar la función punitiva de los *moral damages*. En *Bernhard von Pezold and others vs. Republic of Zimbabwe* (2015), el tribunal arbitral se mostró conforme con lo señalado en *Desert Line* y señaló que el daño moral «[...] serves not only the function of repairing intangible harm, but also of condemning the actions of the offending State».<sup>138</sup> Según Mohtashami, Holland y El-Hosseny, «Thus the tribunal considered that moral damages could be deployed as a punitive measure».<sup>139</sup>

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

<sup>137</sup> LAIRD, John R. «Moral Damages and the Punitive Question in ICSID Arbitration». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2011, n.º 2, vol. 26, p. 180.

<sup>138</sup> Award ICSID Case n.º ARB/10/15, p. 917.

<sup>139</sup> MOHTASHAMI, Reza; HOLLAND; Romilly y Faraouk EL-HOSSENY. «Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions - Requirements and Underlying Principles», 2017, p. 37.

## 7. REFLEXIONES FINALES

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

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

Pero la discusión no sólo se quedó en el ámbito judicial. Los americanos empezaron a discutir sobre el poder punitivo de los árbitros. En Mastrobuono se consideró que los árbitros tenían poder punitivo salvo pacto en contra. Si bien se trató de una controversia arbitral nacional, su impacto en el ámbito internacional no se hizo esperar. Mastrobuono abrió la puerta para que los árbitros impongan *punitive damages* en el arbitraje comercial internacional incluso si los mismos no se encuentran reconocidos en el derecho sustantivo aplicable.

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

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

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ LATA, Natalia. «Are Punitive Damages Incompatible with the Spanish Legal System?». En *European Review of Private Law*, 2018, vol. 5, pp. 697-702.

ALVIK, Ivar. *Contracting with Sovereignty. State Contracts and International Arbitration*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.

ALVIK, Ivar. «Arbitration in long-term international petroleum contracts: The “Internationalization” of the applicable law». En SAUVANT, Karl P. (editor). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 387-418.

BAMODU, Olugbenga. «The Rome I Regulation and the relevance of non-State law». En STONE, Peter y Youseph FARAH (editores). *Research Handbook on EU Private International Law*. Cheltenham, UK; Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 221-247.

BARRETT, Joshua M. «Federal Arbitration Policy after *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*». En *Willamette Law Review*, 1996, n.º 2, vol. 32, pp. 517-540.

BENATTI, Francesca. *Correggere e Punire dalla Law of Torts All’Inadempimento del Contratto*. Milano: Giuffrè, 2008.

BENATTI, Francesca. «Benvenuti Danni Punitivi... O Forse No!». En *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2017, n.º 5, año 79, pp. 568-585.

BERGLIN, Hakan. «The Application in United States Courts of the Public Policy Provision of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards». En *Dickinson Journal of International Law*, 1986, n.º 2, vol. 4, pp. 167-184.

BERNET, Martin y Nicolas C. ULMER. «Recognition and Enforcement in Switzerland of US Judgments Containing an Award of Punitive Damages». En *International Business Lawyer*, 1994, n.º 6, vol. 22, pp. 272-275.

BEUCHER, Klaus J. y John BYRON SANDAGE. «United States Punitive Damages Awards in German Courts: The Evolving German Position on Service and Enforcement». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1991, n.º 5, vol. 23, pp. 967-991.

BLUM, Darren C. «Punitive Power: Securities Arbitrators Need It». En *Nova Law Review*, 1995, n.º 3, vol. 19, pp. 1063-1082.

BORGHETTI, Jean-Sébastien. «France (2011)». En B. WINIGER, H. KOZIOL, B.A. KOCH, R. ZIMMERMANN (editores). *Digest of European Tort Law. Volume 2: Essential Cases on Damages*. Berlin: De Gruyter, pp. 24-26.

BORN, Gary. «Punitive Damages Awards under New York Law after Mastrobucchi». En *ASA Bulletin*, 1995, n.º 3, vol. 13, pp. 394-398.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Volumen 1. New York: Wolters Kluwer, 2009.

BORN, Gary. *International Arbitration. Cases and Materials*. New York: Wolters Kluwer, 2011.

BOYARSKY, Stuart M. «The Confirmation of Punitive Damages Awards in Arbitration: Did Due Process Disappear?». En *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2006, n.º 2, vol. 6, pp. 229-252.

BRAND, Ronald A. «Punitive Damages Revisited: Taking the Rationale for Non-Recognition of Foreign Judgments Too Far». En *Journal of Law and Commerce*, 2005, n.º 2, vol. 24, pp. 181-196.

BRAND, Ronald A. «The 1999 Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction and Judgments: A view from the United States». En POCAR, Fausto y Costanza HONORATI (editores). *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*. Milán: Cedam, 2005, pp. 3-40.

BRODSKY, Jonathan M. «Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores». En *Lecciones y Ensayos*, 2012, n.º 90, pp. 277-298.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «“No cometerás actos impuros”: El orden público y el control judicial del laudo arbitral». En *Themis*, 2013, n.º 63, pp. 185-200.

BURROWS, Andrew. *The Law of Restitution*. Oxford: Oxford University Press, 2011, tercera edición.

BURROWS, Vanessa K. «Constitutional Limits on Punitive Damages Awards: An Analysis of the Supreme Court Case Philip Morris USA v. Williams». En *Congressional Research Service, CRS Report for Congress*, 2007, pp. 1-20.

BÜYÜKSAGIS, Erdem; EBERT, Ina; FAIRGRIEVE, Duncan; MEURKENS, Renée Charlotte y Francesco QUARTA. «Punitive Damages in Europe and Plea for the Recognition of Legal Pluralism». En *European Business Law Journal*, 2016, n.º 1, vol. 27, pp. 137-157.

CAMPBELL, Dennis y Dharmendra POPAT. «Enforcing American Money Judgments in the United Kingdom and Germany». En *Southern Illinois University Law Journal*, 1994, vol. 18, pp. 517-548.

CAMPOS GARCÍA, Héctor. «Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los *punitive damages* a la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales por los Plenos Jurisdiccionales Supremos». En

*VII Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, 2018, pp. 1-34.

CANTUARIAS, Fernando. «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales anulados en el lugar del arbitraje». En *Derecho PUCP*, 2003, n.º 56, pp. 583-613.

CANTUARIAS, Fernando y José Luis REPETTO DEVILLE. «Aplicación de la Convención de Nueva York por las cortes latinoamericanas». En *Ius Et Veritas*, 2017, n.º 55, pp. 198-222.

CARBONNEAU, Thomas E. «The Revolution in Law through Arbitration». En *Cleveland State Law Review*, 2008, n.º 2, vol. 56, pp. 233-270.

CARBONNEAU, Thomas E. «The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements». En *Carbonneau on International Arbitration: Collected Essays*. New York: Juris, 2011, pp. 417-466.

CASAZZA, Perry E. «Nevada's Mastrobuono: How the 2011 Legislature threw another wrench into the punitive damages machine of arbitration law». En *Drake Law Review*, 2002, n.º 1, vol. 51, pp. 189-212.

CHOI, Stephen J. y Theodore EISENBERG. «Punitive Damages in Securities Arbitration: An Empirical Study». En *Journal of Legal Studies*, 2010, n.º 2, vol. 39, pp. 497-546.

CLEARY, John P. «Filling Mastrobuono's Order: The NASD Arbitration Policy Task Force ensures the Enforceability of Punitive Damages Awards in Securities Arbitration». En *Business Lawyer (ABA)*, 1996-1997, n.º 1, vol. 52, pp. 199-223.

COPPO, Letizia. «The Grand Chamber's Stand on the Punitive Damages Dilemma». En *The Italian Law Journal*, 2017, n.º 2, vol. 3, pp. 593-621.

CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel. «Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos». En *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2013, n.º 21, pp. 241-278.

CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. y Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. New York: ICC Publishing, 1990.

CURTIN, Kenneth-Michael. «Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws». En *Defense Counsel Journal*, 1997, pp. 271-284.

D'ALESSANDRO, Elena. «Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos». En *Revista de Derecho Privado*, 2018, n.º 34, pp. 313-326.

DE BRUYNE, Jan y Cedric VANLEENHOVE. «From down under all the way to the European Union - A comparative legal analysis of the enforcement of Australian exemplary damages in the EU». En *University of Western Australia Law Review*, 2017, n.º 1, vol. 42, pp. 166-205.

DEL PRATO, Enrico. «Los poderes innominados de los árbitros». En *Derecho PUCP*, 2018, n.º 80, pp. 161-186.

DOLINGER, Jacob. «World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflicts of Laws». En *Texas International Law Journal*, 1982, n.º 2, vol. 17, pp. 167-193.

EFRON, David J. «Muddied Waters: Awards of Punitive Damages in Disputes Arbitrated pursuant to Brokerage Firm Customer Agreements». En *DePaul Business Law Journal*, 1995, n.º 2, vol. 7, pp. 333-350.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Los daños punitivos creados por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 2017, n.º 52, pp. 13-22.

FARNSWORTH, E. Allan. «Punitive Damages in Arbitration». En *Stetson Law Review*, 1991, n.º 2, vol. 20, pp. 395-410.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte y Denis MAZEAUD. «L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription». En *Uniform Law Review*, 2006, n.º 1, vol. 11, pp. 103-134.

FERRANTE, Alfredo. «Una aproximación al Avant-Projet Catala y a la nueva responsabilidad civil en el Derecho francés». En *InDret*, 2008, n.º 1, pp. 1-29.

FERRARI, Franco. «Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context: Setting the Stage». En FERRARI, Franco (editor). *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*. New York: Sellier European Law Publisher, 2013.

FRICK, Joachim G. *Arbitration and Complex International Contracts*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

FRIEDLAND, Paul D. *Arbitration Clauses for International Contracts*. Segunda edición. New York: JurisNet, 2007.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Impact. How Law Affects Behavior*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

GAILLARD, Emmanuel. «The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1999, n.º 1, vol. 14, pp. 16-45.

GAILLARD, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. París: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

GARCÍA LONG, Sergio. «Daños punitivos en Perú». En *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 2019, n.º 50, pp. 162-165.

GARCÍA LONG, Sergio. *La función punitiva en el derecho privado*. Lima: Instituto Pacífico, 2019.

GARCÍA LONG, Sergio. «Resurrección y auge de los *punitive damages* en el Civil Law». Primera Parte. En *Actualidad Civil*, 2019, n.º 58, pp. 189-224.

GARCÍA LONG, Sergio. «Resurrección y auge de los *punitive damages* en el Civil Law». En *Actualidad Civil*, 2019, n.º 59, pp. 145-165.

GARCÍA LONG, Sergio. «¿Aún un irritante legal? La experiencia peruana sobre los daños punitivos». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n.º 90, diciembre 2020, pp. 49-72.

GARCÍA LONG, Sergio y Kevin VILLANUEVA SOTOMAYOR. «El mercado de los litigios: hacia la implementación de instrumentos de *private enforcement*». En NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio y Lucas GHERSI MURILLO (editores). *Justicia de papel. Reformas disruptivas al sistema de justicia*. Lima: Palestra, 2021, pp. 71-115.

GEORGIADES, Georgios. «Punitive Damages in Europe and the USA: Doctrinal Differences and Practical Convergences». En *RHDI*, 2005, vol. 58, pp. 145-163.

GHODOOSI, Farshad. «The Concept of Public Policy in Law: Revisiting the Role of the Public Policy Doctrine in the Enforcement of Private Legal Arrangements». En *Nebraska Law Review*, 2016, n.º 3, vol. 94, pp. 685-736.

GIBSON, Christopher S. «Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law». En *Penn State Law Review*, 2009, n.º 4, vol. 113, pp. 1227-1267.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2011, tercera edición.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Ejecución de laudos anulados: Hacia un estándar analítico uniforme». En *Arbitraje PUCP*, 2014, n.º 4, pp. 123-131.

GOODE, Roy. «The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration». En *Arbitration International*, 2001, n.º 1, vol. 17, pp. 19-39.

GOTANDA, John Y. «Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*». En *Harvard International Law Journal*, 1997, n.º 1, vol. 38, pp. 59-112.

GOTANDA, John Y. «Charting Developments Concerning Punitive Damages: Is the Tide Changing?». En *Columbia Journal of Transnational Law*, 2007, vol. 45, pp. 507-528.

GOTANDA, John Y. «The Unpredictability Paradox: Punitive Damages and Interest in International Arbitration». En *Journal of World Investment & Trade*, 2009, n.º 4, vol. 10, pp. 553-571.

GRAY, Anthony. «Enforcement of Punitive Damages Awards in the Convention on Choice of Court Agreements». En *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2009, n.º 1, vol. 17, pp. 105-156.

GREENHOUSE, Linda. «Court Backs Investors on Damage Awards». En *The New York Times*, 7 de marzo de 1995.

GRUBE, E. Jeffrey. «Punitive Damages: A Misplaced Remedy». En *Southern California Law Review*, 1993, n.º 2, vol. 66, pp. 839-880.

HUNTER, Martin y Gui CONDE E SILVA. «Transnational Public Policy and its Application in Investment Arbitration». En *The Journal of World Investment*, 2003, n.º 3, vol. 4, pp. 367-378.

HURD, Sandra N. y Frances E. ZOLLERS. «State Punitive Damages Statutes: A Proposed Alternative». En *Journal of Legislation*, 1994, n.º 2, vol. 20, pp. 191-212.

JAGUSCH, Stephen y Thomas SEBASTIAN. «Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?». En *Arbitration International*, 2013, n.º 1, vol. 29, pp. 45-62.

JAN VAN DEN BERG, Albert. «Enforcement of annulled awards?». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, n.º 2, vol. 9, pp. 15-21.

JAN VAN DEN BERG, Albert. «New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement». En *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2007, n.º 2, vol. 18, pp. 1-35.

JIA FEI, Jessica; MCDONALD, Damien y Eunice BAI. «Awards of Punitive Damages». En BRAY, Devin y Heather L. BRAY (editores). *Post-Hearing Issues in International Arbitration*. New York: Juris, 2013, pp. 49-76.

JONES, Glower W. «Awarding Punitive Damages by Arbitration». En *The Construction Lawyer*, 1987, n.º 3, vol. 7, pp. 21-24.

JONES, Isham R. III. «Exemplary Awards in Security Arbitration: Short-Circuited Rights to Punitive Damages. *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*». En *Journal of Dispute Resolution*, 1995, n.º 1, 1995, pp. 129-154.

KLABEN, Matthew J. «Split-Recovery Statutes: The Interplay of the Takings and Excessive Fines Clauses». En *Cornell Law Review*, 1994, n.º 1, vol. 80, pp. 104-157.

KOPP, Andrew. «Securities Arbitration Awards of Punitive Damages: Protective or Expansive Steps for Review. *Sawtelle v. Waddell & (and) Reed, Inc.*». En *Journal of Dispute Resolution*, 2004, n.º 1, vol. 2004, pp. 289-302.

KOZIOL, Helmut. «Punitive Damages - A European Perspective». En *Louisiana Law Review*, 2008. n.º 3, vol. 68, pp. 741-764.

KREINDLER, Richard H. «Arbitral Forum Shopping». En CREMADES, Bernardo M. y Julian D. M. LEW (editores). *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*. París: ICC Publishing, 2005.

LAIRD, John R. «Moral Damages and the Punitive Question in ICSID Arbitration». En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2011, n.º 2, vol. 26, pp. 171-183.

LANSING, Paul y John D. BAILEY. «The Future of Punitive Damages in Securities Arbitration Cases after *Mastrobuono*». En *DePaul Business Law Journal*, 1996, n.º 2, vol. 8, pp. 201-226.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A, y Stefan M. KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer International Law, 2003.

LICARI, François-Xavier. «Prendre les punitive damages au sérieux: propos critiques sur un refus d'accorder l'exequatur à une décision californienne ayant alloué des dommages-intérêts punitifs». En *Journal du Droit International*, 2010, vol. 137, pp. 1230-1263.

LU, May. The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England. En *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2006. n.º 3, vol. 23, pp. 747-785.

MAGNUS, Ulrich. «Why is US Tort Law so Different?». En *Journal of European Tort Law*, 2010, n.º 1, vol. 1, pp. 102-124.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. «Algunos apuntes sobre la ejecución de laudos anulados y la Convención de Nueva York». En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, n.º 15, pp. 15-40.

MARINUZZI, Lorenzo. «Punitive Damages in Arbitration: The Debate Continues». En *American Bar Association. Handbook of Commercial Arbitration*. New York: Juris, 2010, segunda edición, pp. 509-524.

MARTÍNEZ FRAGA, Pedro J. *International Commercial Arbitration. United States doctrinal developments and American style discovery*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008.

MAYER, Pierre y Audley SHEPPARD. «Final ILC Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards». En *Arbitration International*, 2003, n.º 2, vol. 19, pp. 249-263.

MCLAUGHLIN, Joseph T. y Laurie GENEVRO. «Enforcement of Arbitral Awards under the New York Convention - Practice in U.S. Courts». En *International Tax & Business Lawyer*, 1986, n.º 2, vol. 3, pp. 249-272.

MEURKENS, Lotte. «Axo v. Nosa from a Dutch Perspective». En *European Review of Private Law*, 2018, vol. 5, pp. 681-689.

MEURKENS, Renée Charlotte. *Punitive Damages - The Civil Remedy in American Law, Lessons and Caveats for Continental Europe*. Deventer: Wolters Kluwer Business, 2014.

MITCHELL, Ian D. y Richard A. BALES. «Concepcion and Preemption under the Federal Arbitration Act». En *Yearbook on Arbitration and Mediation, In Memory of Professor Hans Smit*, 2012, vol. 4, pp. 9-38.

MOHTASHAMI, Reza; HOLLAND, Romilly y Farouk EL-HOSSENY. «Non-Compensatory Damages in Civil Law and Common Law Jurisdiction - Requirements and Underlying Principles». En *Global Arbitration Review*, 18 de noviembre del 2016.

MOHTASHAMI, Reza; HOLLAND; Romilly y Faraouk EL-HOSSENY. «Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions - Requirements and Underlying Principles». En TRENOR, John A. (editor). *The Guide to Damages in International Arbitration*. Londres: Law Business Research, 2017, segunda edición, pp. 22-38.

MOISÁ, Benjamín. «Los llamados “daños punitivos” en la reforma a la Ley n.º 24.240». En *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n.º 8, año 10, pp. 269-284.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Lima: Caballero Bustamante, 2013.

MOURRE, Alexis. «Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability, and Duties of the Arbitral Tribunal». En LOUKAS A., Mistelis y Stavros L. BREKOULAKIS (editores). *Arbitrability. International and Comparative Perspectives*. Netherlands: Wolters Kluwer, 2009, pp. 207-238.

MUNDHEIM, Peter M. «The desirability of punitive damages in securities arbitration: Challenges facing the industry regulators in the wake of Mastrobuono». En *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, n.º 1, vol. 144, pp. 197-242.

NAGY, Csongor István. «Recognition and enforcement of US judgments involving punitive damages in continental Europe». En *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, 2012, n.º 1, vol. 30, pp. 4-11.

NIGEL, Blackaby; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Redfern and Hunter. *International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, sexta edición.

NOUSSIA, Kyriaki. «Punitive Damages in Arbitration: Panacea or Curse?». En *Journal of International Arbitration*, 2010, n.º 3, vol. 27, pp. 277-294.

NYGH, Peter. *Autonomy in International Contracts*. New York: Clarendon Press, 1999.

OFFENKRANTZ, Ronald J. «Arbitrating RICO: Ten years after *McMahon*». En *Columbia Business Law Review*, 1997, n.º 1, vol. 1997, pp. 45-104.

PARK, William W. «Arbitration of International Contract Disputes». En *Business Lawyer (ABA)*, 1984, n.º 4, vol. 39, pp. 1783-1800.

PARKINSON, Charles F. G. «A Shift in the Windfall: An Analysis of Indiana's Punitive Damages Allocation Statute and the Recovery of Attorney's Fees under the Particular Service Clause». En *Valparaiso University Law Review*, 1998, n.º 3, vol. 32, pp. 923-971.

PAULSSON, Jan. «Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin». En *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, n.º 2, vol. 30, pp. 358-387.

PAULSSON, Jan. «Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters». En *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, n.º 1, vol. 32, pp. 53-61.

PAULSSON, Jan. «Enforcing arbitral awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, n.º 1, vol. 9, pp. 14-31.

PAUWELYN, Joost y Luiz Eduardo SALLES. «Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im) Possible Solutions». En *Cornell International Law Journal*, 2009, n.º 1, vol. 42, pp. 77-118.

PETSCHKE, Markus. «Punitive Damages in International Commercial Arbitration: A Conflict of Law Lesson». En *Journal of International Arbitration*, 2013, n.º 1, vol. 30, pp. 31-47.

POLINSKY, A. Mitchell y Steven SHAVELL. «Punitive Damages: An Economic Analysis». En *Harvard Law Review*, 1998, n.º 4, vol. 111, pp. 869-962.

POLINSKY, A. Mitchell y Steven SHAVELL. «Punitive Damages». En FAURE, Michael (editor). *Tort Law and Economics*. Volumen 1. Encyclopedia of Law and Economics. Cheltenham: Edward Elgar, 2009, segunda edición, pp. 228-244.

POLKINGHORNE, Michael. «Enforcement of Annulled Awards in France: The Sting in the Tail». En *White & Case*, enero 2008, pp. 1-6.

POUDRET, Jean-François y Sébastien BESSON. *Comparative Law of International Commercial Arbitration*. Londres: Thomson, 2007.

QUARTA, Francesco. «Recognition and Enforcement of U.S. Punitive Damages Awards in Continental Europe: The Italian Supreme Court's Veto». En *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2008, n.º 2, vol. 31, pp. 753-782.

QUARTA, Francesco. «Italian Corte di Cassazione 5 July 2017 no 16601. Translation». En *The Italian Law Journal*, 2017, n.º 2, vol. 3, pp. 277-289.

RIEDEL, Eva-Maria. «Punitive Damages - Ein Vergleich des englischen, US-amerikanischen und deutschen Rechts». En Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Universität Bremen, *ZERP-Arbeitspapier*, 2016, n.º 3, pp. 1-61.

RIPINSKY, Sergey y Kevin WILLIAMS. *Damages in International Investment Arbitration*. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2008.

ROWAN, Solène. «Comparative observations on the introduction of punitive damages in French Law». En CARTWRIGHT, John; VOGENAUER, Stefan y Simon WHITTAKER. *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (the Avant-projet Catala)*. Portland: Hart Publishing, 2009, pp. 325-344.

SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. «¿Dónde existe un remedio, existe un derecho? Apuntes sobre el aforismo “ubi remedium, ibi ius”». En *Forseti*, 2014, n.º 2, pp. 110-131.

SCHÜTZE, Rolf A. «The Recognition and Enforcement of American Civil Judgments Containing Punitive Damages in the Federal Republic of Germany». En *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, 1990, n.º 3, vol. 11, pp. 581-602.

SHELL, G. Richard. «Federal versus State Law in the Interpretation of Contracts Containing Arbitration Clauses: Reflections on Mastrobuono». En *University of Cincinnati Law Review*, 1996, n.º 1, vol. 65, pp. 43-74.

SHORES, Janie L. «A Suggestion for Limited Tort Reform: Allocation of Punitive Damages Awards to Eliminate Windfalls». En *Alabama Law Review*, 1992, n.º 1, vol. 44, pp. 61-142.

SILBERMAN, Linda y Maxi SCHERER. «Forum Shopping and Post-Award Judgments». En FERRARI, Franco (editor). *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*. New York: Sellier European Law Publisher, 2013.

SILVERMAN, Stuart I. «Punitive Damages Awards in Commercial Arbitrations: The Role of Federal Substantive Law in deriving Contractual Intent». En *Commercial Law Journal*, 1997, n.º 3, vol. 102, pp. 306-332.

SLOANE, Lynda A. «The Split Award Statute: A Move toward Effectuating the True Purpose of Punitive Damages». En *Valparaiso University Law Review*, 1993, n.º 1, vol. 28, pp. 473-512.

STEVENS, Clay R. «Split-Recovery: A Constitutional Answer to the Punitive Damages Dilemma». En *Pepperdine Law Review*, 1994, n.º 3, vol. 21, pp. 857-908.

STIPANOWICH, Thomas J. «Punitive damages in Arbitration: Garrity v. Lyle Stuart, Inc. Reconsidered». En *Boston University Law Review*, 1986, n.º 5, vol. 66, pp. 953-1012.

STIPANOWICH, Thomas J. «Punitive Damages and the Consumerization of Arbitration». En *Northwestern University Law Review*, 1997-1998, n.º 1, vol. 92, pp. 1-68.

SUTCLIFFE, Jonathan. «The Award». En KOLKEY, Daniel M.; CHERNICK, Richard y Barbara REEVES NEAL (editores). *Practitioner's Handbook on International Arbitration and Mediation*. New York: Juris, 2012, tercera edición, pp. 221-281.

THEOFRASTOUS, Theodore C. «International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-localization Debate». En *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1999, n.º 2, vol. 31, pp. 455-493.

THOMPSON, Patricia H.; DEVANEY, BROOKS, Donna; CAMP, John A. y William D. PALMER. «Consumer and Customer Disputes». En ATLAS, Nancy F.; HUBER, Stephen K. y E. Wendy TRACHTE-HUBER (editores). *Alternative Dispute Resolution. The Litigator's Handbook*. New York: ABA Publishing, 2000, pp. 129-146.

VANLEENHOVE, Cedric. «The use of public policy in the enforcement of American punitive damages in the European Union». En DE BRUYNE, Jan; DE POTTER DE TEN BROECK, Michaël e Isabelle VAN HIEL (editores). *Policy within and through law*. Antwerpen: Maklu, 2015.

VANLEENHOVE, Cedric. *Punitive Damages in Private International Law. Lessons for the European Union*. Cambridge: Intersentia, 2016.

VANLEENHOVE, Cedric. «Citizen's participation through U.S. punitive damages: Should Europe embrace the concept of punitive damages in the enforcement of foreign judgments?». En APPERMONT, Niels y Ulrike CERULUS (editores). *Participatie van de burger in de rechtsorde. Participation du citoyen à l'ordre juridique*. Brugge: Die Keure, 2017.

VANLEENHOVE, Cedric. «Punitive Damages in the Belgian Perspective». En *European Review of Private Law*, 2018, vol. 5, pp. 674-680.

WEGEN, Gerhard y James SHERER. «Recognition and Enforcement of US Punitive Damages Judgments in Germany - A Recent Decision of the German Federal Court of Justice». En *International Business Lawyer*, 1993, n.º 10, vol. 21, pp. 485-488.

WILLIAMS, Victor. «Punitive damages in arbitration: Mastrobuono and the need for creation of a national court of commercial appeals». En *Commercial Law Journal*, 1995, n.º 3, vol. 100, pp. 281-319.

WITTICH, Stephan. «Punitive Damages». En CRAWFORD, James; PELLET, Alain y Simon OLLESON (editores). *The Law of International Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2010.

ZARRA, Giovanni. «The doctrine of punitive damages and international arbitration». En *Diritto del Commercio Internazionale*, 2016, n.º 4, año 30, pp. 963-991.

ZERVOGIANNI, Eleni. «Disgorgement of Profits in Greece». En HONDIUS, Ewoud y André JANSSEN (editores). *Disgorgement of Profits. Gain-Based Remedies throughout the World*. New York: Springer, 2015, pp. 231-252.

# Y AHORA ¿QUIÉN PODRÁ DEFENDER AL ESTADO? CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS: ENTRE EL ARBITRAJE COMÚN Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

*Gracy Zapata Ore\**  
*Miguel Ángel Pérez Carnajulca\*\* \*\*\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Contratos de asociación público privada y arbitraje.— 2.1. Contratos de APP como mecanismo de promoción de la inversión privada.— 2.1.1. Definición de APP.— 2.1.2. Clasificación de las APP.— 2.1.3. Entidades públicas titulares del proyecto de APP.— 2.1.4. Estructura típica de una APP.— 2.2. El arbitraje como mecanismo de solución controversias derivadas en un contrato de APP.— 3. Controversias derivadas de un contrato de APP:

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios de Derecho de Contratos en la Universidad Pública de Navarra en España y estudios de posgrado en Georgetown University Law Center, en Washington D. C., con mención en International Business e International Arbitration and Dispute Resolution. Ha trabajado en el Área de Proyectos de Hogan Lovells BSTL en Ciudad de México y actualmente es socia del Área de Proyectos, Infraestructura y Construcción, así como del área de Asuntos Regulatorios y Contratación Pública de Hernández & Cía. Abogados, siendo reconocida por su trayectoria en *rankings* internacionales como *Chambers and Partners* y *Legal 500*. Es profesora de la Maestría en Dirección de la Construcción en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, así como de la lista de árbitros del Centro de Conciliación y Arbitraje de la PUCP, y de la Cámara de Comercio Americana del Perú.

\*\* Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios en la Maestría de Investigación Jurídica de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Ha efectuado estudios de intercambio y especialización en Estados Unidos e Italia, respectivamente. Adjunto de docencia en cursos de Derecho Civil, Corporativo y Societario en la Facultad de Derecho de la PUCP. Fundador de AEDU - Asesores en Derecho.

\*\*\* Los autores desean expresar su reconocimiento y sus más sinceros agradecimientos a Javier Silva Estremadoyro, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, por su valioso aporte en la elaboración del presente trabajo.

entre el arbitraje común y el arbitraje de inversión.— 3.1. Arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de APP.— 3.1.1. Etapa de trato directo.— 3.1.2. Etapa arbitral.— 3.2. La remisión al arbitraje internacional en los contratos de APP.— 3.3. El Ciadi como sede para la resolución de controversias derivadas de contratos de APP.— 3.3.1. Requisitos para acceder a la jurisdicción del Ciadi.— 3.3.2. Problemas en torno al establecimiento de Ciadi como primera opción en las cláusulas de solución de controversias de los contratos de APP.— 3.3.3. Arbitrajes *ad hoc* bajo las reglas de arbitraje de la CNUDMI en los contratos de APP.— 4. La defensa del Estado en las controversias derivadas de contratos de APP.— 4.1. Arbitraje nacional con sede institucional.— 4.2. Arbitraje internacional con sede en una institución de arbitraje internacional.— 4.3. Arbitraje nacional *ad hoc*.— 5. Reflexiones finales.— 6. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

Dentro del ámbito de la promoción de la inversión privada en nuestro país, las asociaciones público privadas (en adelante, APP) cumplen un rol fundamental. Son diversos los aspectos de relevancia en el estudio de esta figura, no obstante, en el presente artículo nos centraremos en el análisis de los mecanismos de solución de controversias en un contrato de APP, en específico, el arbitraje.

En tal sentido, en adelante analizaremos la relación entre los contratos de APP y el arbitraje, efectuando un desarrollo histórico de la inclusión del arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias en este tipo de contratos. Luego, revisaremos la regulación normativa y contractual de las cláusulas arbitrales de solución de controversias de un contrato de APP, mostrando los pros y los contras de

las opciones elegidas para canalizar los arbitrajes, tanto en sede nacional como internacional, con especial énfasis en la jurisdicción del Ciadi.

Finalmente, veremos cómo la defensa del Estado, en las controversias derivadas de un contrato de APP, se ve impactada dependiendo del tipo de arbitraje ante el cual se encuentren las partes, según la regulación establecida en la respectiva cláusula arbitral.

## **2. CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA Y ARBITRAJE**

### ***2.1. Contratos de APP como mecanismo de promoción de la inversión privada***

#### ***2.1.1. Definición de APP***

El término APP no cuenta con una definición unánime en el marco internacional; no obstante, la definición del Banco Mundial es ilustrativa al considerarla como un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo significativo y la responsabilidad de la gestión y la remuneración está vinculada al desempeño.<sup>1</sup>

En el Perú, la definición de APP se encuentra en el Decreto Legislativo n.º 1362, que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos (en adelante, la Ley de APP). Así, en el artículo 20 de la Ley de APP se señala que «Las Asociaciones Público Privadas constituyen una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados».

---

<sup>1</sup> BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO y WORLD BANK. *Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3*. Washington, D. C.: World Bank, 2017. Recuperado de <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052>>.

Las APP en nuestro ordenamiento se configuran como una modalidad de participación de la inversión privada, a través de los cuales, de conformidad con el ya mencionado artículo 20 de la Ley de APP, «se desarrollan proyectos de infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica».

Como señalan Santistevan de Noriega y Loredó Romero, mediante este tipo de contratos «el Estado delega en un privado una actividad que le es propia, en concreto la construcción de una obra de infraestructura o la prestación de un determinado servicio público».<sup>2</sup>

De esta manera, las APP en el Perú pueden ser empleadas para la implementación de proyectos en: (i) infraestructura pública (redes viales y multimodales, vías férreas, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura urbana de recreación y cultural, infraestructura penitenciaria, infraestructura de riego, infraestructura de salud, infraestructura de educación); (ii) servicios públicos (telecomunicaciones, energía y alumbrado, agua y saneamiento, otros servicios de interés social); (iii) servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos (sistemas de recaudación de peajes y tarifas, centro de mejor atención al ciudadano, otros vinculados); (iv) proyectos de investigación aplicada; y, (v) proyectos de innovación tecnológica.

En concordancia con la definición de la Ley de APP, el Decreto Supremo n.º 240-2018-EF (en adelante, el Reglamento de la Ley de APP) sostiene que, mediante esta modalidad, se implementan proyectos en los que se garantizan niveles de servicio óptimos para los usuarios. En las APP, la titularidad de las inversiones desarrolladas puede mantenerse, revertirse o ser transferida al Estado, según la naturaleza y alcances del proyecto y lo dispuesto en el respectivo contrato.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. y Álvaro LOREDO. «Arbitraje y contratos de concesión: aplicación de trato justo y equitativo como garantía de las inversiones a la luz de la reciente jurisprudencia de los tribunales Ciadi». En SOTO, Carlos (editor). *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Magna, 2008, p. 907.

<sup>3</sup> Reglamento de la Ley de APP, artículo 29.

Como se puede notar, a través de una APP se asume un compromiso a largo plazo de colaboración conjunta entre inversionistas privados y el Estado, cuyo objetivo se encuentra en la implementación (diseño, construcción, mejoramiento, operación, y/o mantenimiento) de proyectos en los sectores previamente mencionados.

En esa línea, Huapaya sostiene que la implementación de una APP puede ser una magnífica oportunidad para canalizar recursos públicos en adecuada combinación con el sector privado, de esta forma se logra proveer infraestructura de calidad a la población, a través de previos estudios de demanda, un financiamiento adecuado, competencia entre los interesados en ejecutar el proyecto y un adecuado reparto de riesgos entre las partes intervinientes.<sup>4</sup>

### ***2.1.2. Clasificación de las APP***

De acuerdo con el artículo 30.1 del Reglamento de la Ley de APP, las APP pueden clasificarse en autofinanciadas y cofinanciadas. Una APP será autofinanciada cuando cuente con capacidad propia de generación de ingresos, no requiera cofinanciamiento del sector público y cumpla con una demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado, así como con garantías no financieras con una probabilidad mínima o nula de demandar cofinanciamiento.

Por su parte, una APP cofinanciada requiere cofinanciamiento, u otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras que tienen probabilidad significativa de demandar cofinanciamiento. De acuerdo con el artículo 31 del Reglamento de la Ley de APP, cofinanciamiento es cualquier pago que utiliza fondos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad pública titular del proyecto para

---

<sup>4</sup> HUAPAYA, Ramón. «Diez tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro régimen legal». En *Revista de Derecho Administrativo*, 2013, n.º 13, p. 17.

cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo contrato de concesión.<sup>5</sup>

Adicionalmente, el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) ha definido al cofinanciamiento como cualquier pago al inversionista que utiliza fondos públicos, total o parcialmente, a cargo de la entidad pública titular del proyecto para cubrir las obligaciones establecidas en el respectivo contrato.<sup>6</sup>

### ***2.1.3. Entidades públicas titulares del proyecto de APP***

Con respecto a las entidades públicas titulares del proyecto de APP (en adelante, EPTP), la Ley de APP señala en el artículo 6 que únicamente podrán ser EPTP los ministerios, gobiernos regionales, gobiernos locales, y otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa.<sup>7</sup>

De esta manera, de conformidad con el artículo 6 de la Ley de APP, las EPTP asumen las funciones de: (i) priorizar y desarrollar los proyectos de APP; (ii) formular los estudios técnicos de los proyectos que serán ejecutados bajo la modalidad de APP; (iii) emitir las opiniones previas a

---

<sup>5</sup> Artículo 31.- «Cofinanciamiento  
[...]

31.3. No es cofinanciamiento:

1. La cesión en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar, de la infraestructura o inmuebles pre-existentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al proyecto.

2. Los gastos y costos derivados de las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles para la ejecución de infraestructura pública, reubicaciones o reasentamientos, liberación de interferencias y/o saneamiento de predios, incluso cuando dichas labores sean encargadas al Inversionista conforme a lo dispuesto al respectivo al Contrato.

3. Los pagos por concepto de peajes, precios, tarifas cobrados directamente a los usuarios o indirectamente a través de empresas, incluyendo aquéllas de titularidad del Estado o entidades del mismo, para su posterior entrega al Inversionista, en el marco del Contrato de APP».

<sup>6</sup> Interpretación normativa del MEF, emitida mediante el Oficio n.º 004-2020-EF/68.02.

<sup>7</sup> A modo de ejemplo, de acuerdo con la tercera disposición complementaria final de la Ley de APP, el Seguro Social de Salud (ESSALUD), en el marco de la autonomía que la ley le confiere, se encuentra facultado a promover, tramitar y suscribir contratos de APP para incorporar inversión y gestión privada en los servicios que presta a los asegurados.

los principales documentos de los proyectos desarrollados bajo las modalidades de APP; (iv) suscribir los contratos de APP; (v) gestionar y administrar los contratos de APP y cumplir con todas las obligaciones contractuales que estén a su cargo; (vi) hacer efectiva las penalidades por incumplimientos contractuales; (vii) acordar la modificación de los contratos, conforme a las condiciones que establezca el marco legal; (viii) efectuar el seguimiento de la ejecución física y financiera de los proyectos; (ix) sustentar la capacidad presupuestal para sumir los compromisos de los contratos de APP; y (x) declarar la suspensión o caducidad del contrato por las causales previstas en el él.

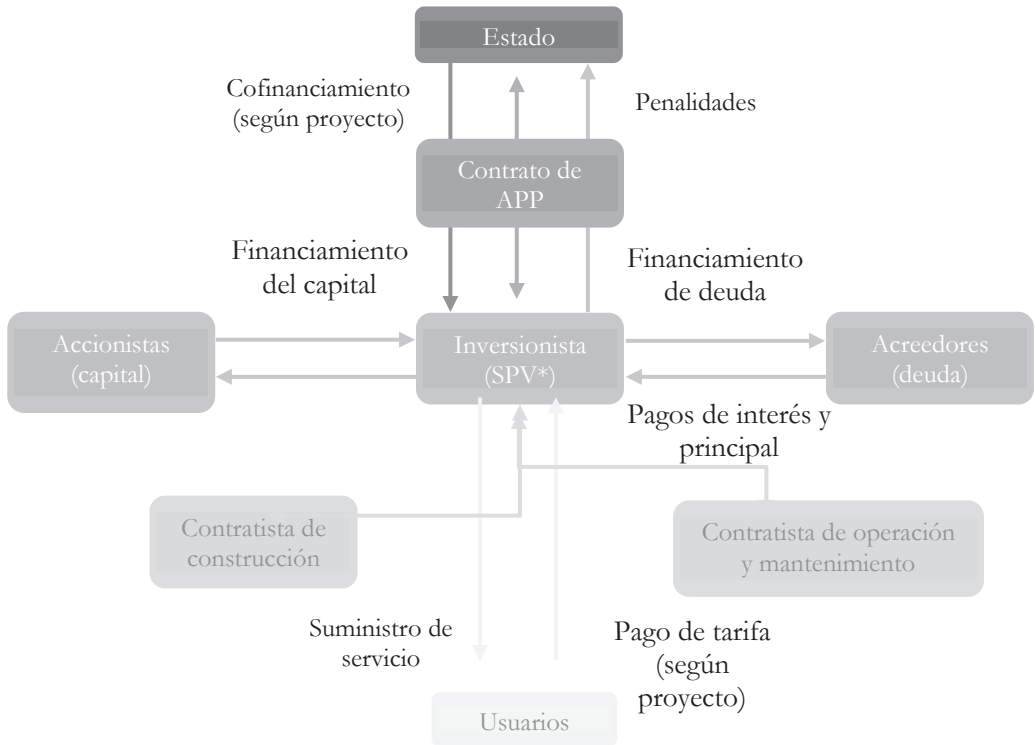
#### ***2.1.4. Estructura típica de una APP***

La estructura contractual típica de una APP, de conformidad con el esquema publicado por el MEF y el Banco Interamericano de Desarrollo,<sup>8</sup> se resume en el gráfico n.º 1.

Usualmente, en el contrato de APP se regula la implementación y ejecución del proyecto de infraestructura entre el Estado y el inversionista mediante la regulación de derechos y obligaciones para las partes. Igualmente, se regula el régimen aplicable a los bienes del proyecto, así como su estructura económica financiera, la asignación de riesgos entre ambas partes, las garantías para el proyecto, los incumplimientos y penalidades, las disposiciones aplicables a la suspensión del contrato y terminación, así como los mecanismos de solución de controversias derivadas del contrato, entre otros.

---

<sup>8</sup> BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Asociaciones Público Privadas en el Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal, Módulo V. El Contrato de APP, Compromiso y garantías del Estado y gestión de modificaciones contractuales*. 2016, p. 6. Recuperado de <[https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv\\_privada/capacitaciones/modulo\\_5.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_5.pdf)>.

**Gráfico n.º 1**

Nota: SPV = Special Purpose Vehicle

Fuente: elaboración propia a partir de BID (2015)

Usualmente, en el contrato de APP se regula la implementación y ejecución del proyecto de infraestructura entre el Estado y el inversionista mediante la regulación de derechos y obligaciones para las partes. Igualmente, se regula el régimen aplicable a los bienes del proyecto, así como su estructura económica financiera, la asignación de riesgos entre ambas partes, las garantías para el proyecto, los incumplimientos y penalidades, las disposiciones aplicables a la suspensión del contrato y terminación, así como los mecanismos de solución de controversias derivadas del contrato, entre otros.

Desde su implementación en nuestro país, las APP buscan ser un mecanismo que permita la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos de inversión, contribuyendo así a cerrar la brecha de infraestructura pública aún existente en el Perú<sup>9</sup> y, a su vez, se mejore el alcance y la calidad de los servicios públicos. De igual manera, dada la inversión económica inmersa en una APP, se busca también la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo productivo y el mejoramiento de la competitividad del país en su conjunto.

## ***2.2. El arbitraje como mecanismo de solución controversias derivadas en un contrato de APP***

Dentro de los múltiples aspectos relevantes y de importante análisis, en el presente trabajo nos centraremos en el manejo de las controversias derivadas de un contrato de APP, con especial énfasis en los contratos de concesión, modalidad por excelencia a través de la cual se canaliza una APP. Al respecto, es importante mencionar que el principal mecanismo elegido dentro de nuestro ordenamiento para la solución de las controversias derivadas de un contrato de APP es el arbitraje.

Son diversas las razones que han hecho del arbitraje un mecanismo confiable para solucionar las diferencias surgidas de un Contrato de APP, siendo fundamentalmente un mecanismo que otorga mayor certeza y seguridad a las partes involucradas, en especial al inversionista.

Al ser un mecanismo esencialmente privado, el arbitraje ha logrado posicionarse como la mejor opción a la jurisdicción natural del Poder Judicial para la resolución de conflictos entre inversionistas. Tal como señala Núñez, si el régimen actual de contratos de concesión estableciera que la regla general es una cláusula de remisión al Poder Judicial, pocos inversionistas estarían dispuestos a participar en las licitaciones, y probablemente ninguno sería extranjero. La razón: la desconfianza en el

---

<sup>9</sup> De acuerdo con el Plan Nacional de Infraestructura, la brecha de infraestructura asciende a 363 mil millones de soles si nos comparamos con países desarrollados.

sistema judicial peruano es evidente, al tratarse de un órgano del Estado que no suele funcionar óptimamente.<sup>10</sup>

Dicho autor agrega que, normalmente, los inversionistas buscan minimizar cualquier riesgo derivado de los procedimientos de solución de controversias, considerando que mientras más cerca se encuentren del Estado habrá un riesgo mayor de influencia o perjuicio en su contra. Por ello, se prefiere un mecanismo de solución de controversias privado e independiente del poder estatal.<sup>11</sup>

En ese mismo sentido, Henostroza de la Cruz nos recuerda que una de las estrategias de recuperación económica de nuestro país, orientada a su reinserción en la comunidad financiera internacional, fue establecer el arbitraje como un mecanismo para fomentar la confianza de los inversionistas interesados en el Perú, al tratarse de un mecanismo de solución de controversias distinto al Poder Judicial e independiente del mismo Estado.<sup>12</sup>

Bullard, en la misma línea, nos hace notar que, en las últimas décadas, el Perú se ha dedicado a desarrollar y ofrecer un marco legal e institucional que genere confianza en los inversionistas nacionales y extranjeros<sup>13</sup> del cual, precisamente, el arbitraje es parte.

Los antecedentes normativos de la inclusión del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en este tipo de contratos se remonta al año 1991, en un contexto de políticas de promoción de inversión privada extranjera y local en servicios públicos acogidas por el Gobierno peruano de ese entonces.<sup>14</sup> Específicamente, con el Decreto

---

<sup>10</sup> CASTILLO, Christian y Claudio SILVA. «Arbitraje en concesiones de infraestructura. Entrevista a Carlos Núñez». En *Revista de Derecho Administrativo*, 2016, n.º 16, p. 408.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> HENOSTROZA DE LA CRUZ, Daniel. «Arbitraje, concesiones y asociaciones público privadas en los puertos del Perú». En *Advocatus* 2008, n.º 32, p. 117.

<sup>13</sup> BULLARD, Alfredo. «Protección a las inversiones y solución de disputas en Perú». En *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, pp. 575-576.

<sup>14</sup> HENOSTROZA DE LA CRUZ, Daniel. *Op. cit.*, p. 118.

Legislativo n.º 757, Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada, y el Decreto Legislativo n.º 758 por el cual se dictaron normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos.

El Decreto Legislativo n.º 757 estableció en su artículo 48 que:

En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, *podrán someter a arbitraje nacional e internacional*, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídico patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. (Énfasis agregado)

Por su parte, el Decreto Legislativo n.º 758 señalaba en su artículo 5 que:

El Estado *podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones* a las que se refiere el presente Decreto Legislativo a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 de la Constitución Política del Perú. (Énfasis agregado)

Nótese que los decretos legislativos previamente citados establecían la posibilidad de someter controversias derivadas de las concesiones a arbitraje, mas no la obligatoriedad de hacerlo, quedando, por tanto, posible la opción de la vía judicial a la voluntad de las partes.

Todo esto cambiaría en el año 2010, mediante el Decreto Legislativo n.º 1012, Ley Marco de Asociaciones Publico Privadas, al establecerse que los contratos de APP deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de diferencias, contemplando el arbitraje como obligatorio. Del mismo modo, el Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1012, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 127-2014-EF, contempló en su artículo 16 el contenido mínimo de la cláusula arbitral. Este

Reglamento realizó también la distinción entre las controversias de naturaleza técnica y no técnicas, siendo que las primeras se someterían a arbitrajes de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho.

Luego, el Decreto Legislativo n.º 1012 fue derogado por el Decreto Legislativo n.º 1224, del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, publicado en septiembre de 2015. Esta nueva Ley de APP, en su artículo 23, incorporó nuevas disposiciones a las cláusulas de solución de controversias, tales como (i) una etapa de trato directo previo al arbitraje, con la posibilidad de incluir a un tercero neutral, denominado «amigable componedor», con facultades de proponer formular de solución a la controversia; (ii) la garantía de la participación de los organismos reguladores competentes durante el desarrollo del arbitraje; y (iii) la posibilidad de poder someter las controversias a una Junta de Resolución de Disputas con una decisión vinculantes a las partes.

Sin embargo, posteriormente, el Decreto Legislativo n.º 1224 y su Reglamento fueron derogados por la Ley de APP actual y el Reglamento de la Ley de APP. En ese marco, la Ley de APP actual mantiene en su artículo 56 la obligatoriedad de incluir una cláusula arbitral como mecanismo de solución de controversias, así como el trato directo, con la participación de los organismos reguladores, de ser el caso. En esa línea, el Reglamento de la Ley de APP<sup>15</sup> detalla las características de las cláusulas arbitrales a ser incluidas en el contrato de APP.

---

<sup>15</sup> Artículo 132.- «Cláusulas arbitrales

132.1 Las cláusulas arbitrales a ser incluidas en los Contratos de APP se rigen por las siguientes disposiciones:

1. Puede someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.
2. Deben contemplar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias.
3. En caso se distinga entre controversias de naturaleza técnica y no técnica, las primeras son sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, pudiendo éstas últimas ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte conveniente.

### **3. CONTROVERSIAS DERIVADAS DE UN CONTRATO DE APP: ENTRE EL ARBITRAJE COMÚN Y EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN**

#### ***3.1. Arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de APP***

De acuerdo con la Ley de APP, el Reglamento de la Ley de APP y los Contratos de APP celebrados, la estructura de la cláusula correspondiente a «solución de controversias» suele tener la siguiente estructura:

##### ***3.1.1. Etapa de trato directo***

Aquí las partes del contrato de APP se comprometen a resolver cualquier conflicto o incertidumbre que pueda surgir respecto a la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o eficacia del contrato. Esta etapa usualmente tiene un plazo de treinta (30) días o seis (6) meses, dependiendo el tipo de controversia, desde la comunicación de la controversia o incertidumbre de una parte a la otra, pudiendo ser ampliada por acuerdo de las partes.

En esta etapa puede incluirse la participación de un tercero neutral denominado “amigable componedor” que, de conformidad con el artículo 56 de la Ley de APP, propone una fórmula de solución de la

---

132.2 Las entidades, para efectos de conformar el Tribunal Arbitral para las controversias de los Contratos de APP, eligen preferentemente a profesionales con experiencia mínima de cinco (05) años en la materia controvertida o a abogados con el mismo tiempo de experiencia en materia de regulación o Concesiones, según la naturaleza de la controversia.

132.3 De acuerdo al artículo 56 de la Ley, las disposiciones sobre el Amigable Componedor, la Junta de Resolución de Disputas, Arbitraje y sus procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones que sean establecidos en el presente Reglamento, no son de aplicación cuando se trate de controversias internacionales de inversión conforme a la Ley n.º 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

132.4 Conforme con lo establecido en el párrafo 56.1 del artículo 56 de la Ley, los laudos arbitrales son publicados en el portal institucional de la entidad pública titular del proyecto, dentro de los quince (15) días hábiles de recibida la notificación correspondiente, sin perjuicio de las acciones legales que las partes puedan adoptar conforme con la normativa vigente».

controversia que, de ser aceptada de manera parcial o total por las partes, produce los efectos jurídicos de una transacción.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo citado, en el contrato de APP se puede incluir una Junta de Resolución de Disputas<sup>16</sup> ante la cual las partes pueden someter sus controversias, siendo su decisión vinculante; no obstante, ello no restringe la facultad de las partes para recurrir al arbitraje.

### ***3.1.2. Etapa arbitral***

En caso de que la controversia no pueda ser resuelta por trato directo, los contratos de APP suelen distinguir entre controversias técnicas, a ser discutidas en un arbitraje de conciencia, y controversias no técnicas, que serán canalizadas mediante un arbitraje de derecho. La determinación del tipo de controversia suele efectuarse en la etapa de trato directo.

#### **3.1.2.1. Controversias técnicas**

Son consideradas las controversias que versan sobre hechos o actos concretos, cuya resolución dependerá de la exclusiva aplicación de normas, reglas, criterios, conceptos o parámetros de carácter estrictamente técnicos, dependiendo del sector de cada proyecto de APP.

Estas controversias serán resueltas mediante arbitraje de conciencia regulado en el numeral 3 del artículo 57 del Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el arbitraje (en adelante, la Ley de Arbitraje). En este arbitraje, los árbitros resolverán la controversia conforme a sus conocimientos y su leal saber y entender. Los árbitros usualmente son expertos, nacionales o internacionales, que cuentan con amplia experiencia en la materia de la controversia técnica respectiva.

---

<sup>16</sup> Debe tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 130 del Reglamento de la Ley de APP, esta junta puede instaurarse en un contrato de APP con un Costo Total de Inversión (CTI) mayor a ochenta mil (80 000) UIT.

### 3.1.2.2. Controversias no técnicas

Por su parte, las controversias no técnicas serán resueltas mediante arbitraje de derecho regulado en los numerales 1 y 2 del artículo 57 la Ley de Arbitraje.

Cuando estamos frente a este tipo de controversias, las vías de canalización pueden, a su vez, clasificarse en (i) arbitraje nacional; o, (ii) arbitraje internacional, según la regulación de cada contrato de APP.

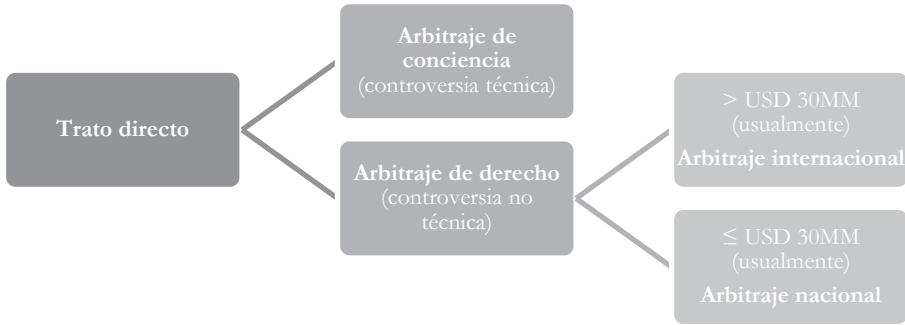
Usualmente, en los contratos de APP, el criterio para canalizar una controversia no técnica mediante arbitraje nacional o internacional es la cuantía involucrada en el reclamo. Por ejemplo, cuando la controversia no técnica tenga un monto involucrado superior a 30 millones de dólares americanos (USD) (o su equivalente en moneda nacional), o cuando las partes no se pongan de acuerdo en la cuantía, la vía será el denominado «arbitraje internacional», para lo cual las partes se someten a centros internacionales de solución de controversias tales como la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi).

Por otro lado, para las controversias no técnicas en las que el monto involucrado sea igual o menor al monto señalado para arbitraje internacional (usualmente, menor a USD 30 millones), y para aquellas controversias de puro derecho que no son cuantificables en dinero, la vía de resolución será el «arbitraje de derecho nacional». En el Perú, los centros comúnmente utilizados para el arbitraje nacional son el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (Centro de Arbitraje CCL) y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP (CARC PUCP).<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Al respecto, vale mencionar que actualmente, el Proyecto de Ley n.º 7161/2020-CR busca modificar la Ley de Arbitraje incorporando la obligatoriedad de que los profesionales naciona-

En síntesis, se puede resumir la estructura de una cláusula de solución de controversias de un contrato de APP de la siguiente manera:



### 3.2. *La remisión al arbitraje internacional en los contratos de APP*

Como se puede notar, una controversia derivada de un contrato de APP puede derivar en un arbitraje nacional o en un arbitraje internacional con sede en un centro o institución internacional de arbitraje, como lo serían la CCI o el Ciadi, o en algunos casos arbitrajes con sede en el extranjero bajo reglas Uncitral. En este artículo nos centraremos en el funcionamiento y particularidades del arbitraje internacional en los contratos de APP.

Al respecto, Pierre Nalvarte<sup>18</sup> presenta un estudio sobre las características de las cláusulas de solución de controversia en los contratos de

---

les o extranjeros que compongan un tribunal arbitral en el Perú cuenten con sus títulos profesionales de grado o posgrado, validados o reconocidos ante la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (Sunedu). Consideramos que esta propuesta, de hacerse realidad, desincentivaría la participación de profesionales extranjeros en procesos arbitrales en el Perú, ya que en caso no se logre validar algún título ante la Sunedu (una entidad estatal), no tendrá derecho a recibir el pago de honorarios por parte del centro de arbitraje correspondiente, de acuerdo a lo que propone el citado proyecto de ley.

<sup>18</sup> CÍRCULO DE ARBITRAJE CON EL ESTADO - CAE. (2020). *Conversatorio: Arbitraje de inversión en las asociaciones público privadas - APP - CAE*. 26 de junio del 2020. [Video de YouTube]. Recuperado de <<https://www.youtube.com/watch?v=UJ84pmPaTLA&feature=youtu.b>>.

APP, haciendo énfasis en el arbitraje internacional. Nalvarte analiza todos los contratos de concesión de APP adjudicados por la Agencia de Promoción de la Inversión Privada del Perú (Proinversion) desde el 2009 hasta el 2020,<sup>19</sup> mostrando lo siguiente:

**Tabla n.º 1**  
**Contratos de APP adjudicados por Proinversion**  
**2009-2020**

Análisis	Número de contratos
Total de contratos de APP analizados	57
Contratos de APP con arbitraje internacional en el Ciadi como primera opción	54
Contratos de APP con arbitraje internacional en el Ciadi con sede en la ciudad de Washington	54 <sup>20</sup>
Contratos de APP que establecen una cuantía mínima entre USD 10 y USD 20 millones para arbitraje internacional (2009-2013)	29
Contratos de APP que establecen una cuantía mínima de más de USD 30 millones para arbitraje internacional (2014-2020)	26
Contratos de concesión de APP en los que se ha previsto como alternativa de	32

<sup>19</sup> Éste es el periodo que abarca la vigencia de las tres leyes de APP vigentes hasta el año 2020, incluida la actual Ley de APP.

<sup>20</sup> De estos 54 contratos, en 20 se señala que la sede en Washington es opcional, pudiendo ser también, a elección del concesionario, Lima.

Ciadi la aplicación de las reglas de CNUDMI <sup>21</sup>	
Contratos de concesión de APP en los que se ha previsto como sede Lima cuando se opta por la aplicación de las reglas CNUDMI	19

Tal como explica Nalvarte, del total de 57 contratos de APP analizados, se desprenden las siguientes conclusiones:

- i. Únicamente tres (3) de ellos (masificación del gas natural norte y sur oeste, y suministro de energía de centrales hidroeléctricas) no contemplan el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias.
- ii. En los 54 contratos que contemplan arbitraje internacional, la primera opción para la resolución de la controversia es Ciadi, y, de éstos, en un 60 % se establecen la aplicación de las reglas CNUDMI como segunda opción.
- iii. Desde el 2014, la cuantía mínima para arbitraje internacional es de más de 30 millones de dólares.

Asimismo, Nalvarte muestra un dato interesante relativo a que la cuantía mínima para calificar a una controversia es independiente al monto de inversión de cada proyecto. Es así que pone como ejemplos el contrato de concesión del gasoducto, cuya inversión es de US\$ 7000 millones; el contrato de concesión de la Línea 2 del metro, con una inversión de US\$ 5000 millones; y, el contrato de concesión de Hidrovía Amazónica, cuya inversión es menor a US\$ 100 millones. Todos estos

---

<sup>21</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral, por sus siglas en inglés).

proyectos contienen montos de inversión diferentes, pero una cuantía mínima de US\$ 30 millones para acceder a arbitraje internacional.

Por otro lado, este criterio está siendo evaluado en el contrato estándar de APP que viene trabajando la agencia de Promoción de Inversión Privada - Proinversion, con la inclusión de nuevas políticas de incluir diversas cláusulas arbitrales teniendo en cuenta las características especiales de cada proyecto y los montos involucrados.

### ***3.3. El Ciadi como sede para la resolución de controversias derivadas de contratos de APP***

De acuerdo con el desarrollo efectuado hasta el momento, cuando estamos frente a controversias de un contrato de APP a ser canalizadas vía arbitraje internacional, casi la totalidad de los contratos de APP celebrados hasta la actualidad contemplan como primera opción de sede arbitral al Ciadi, lo cual significa que ante cualquier controversia que supere el umbral regulado en el contrato de APP, y por ello recaiga dentro del ámbito de un arbitraje internacional, las partes tendrán que iniciar un arbitraje ante el Ciadi. En estos casos, nos encontramos ante los denominados «arbitrajes de inversiones».

Dada esta opción adoptada para la estructuración de las cláusulas de resolución de controversias de los contratos de APP, consideramos importante efectuar algunas consideraciones respecto a los pros y los contras de establecer como sede arbitral al Ciadi.

Es importante resaltar que usualmente cuando se utiliza el término Ciadi se refiere como la Convención de Washington,<sup>22</sup> que lo creó (en adelante, el convenio Ciadi), del cual el Perú es signatario desde el 4 de

---

<sup>22</sup> Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito el 18 de marzo de 1965 en la ciudad de Washington D. C. El convenio Ciadi buscó principalmente propiciar la solución de controversias de naturaleza jurídica derivadas de inversiones internacionales.

septiembre de 1991.<sup>23</sup> En adelante, utilizaremos el término Ciadi en directa referencia al centro (en adelante, Ciadi o el Centro).

Uno de los propósitos principales detrás del convenio Ciadi es que «[...] las diferencias en materia de inversión sean despolitizadas y se manejen en espacios neutrales sin injerencias externas».<sup>24</sup> Mediante el sometimiento a un arbitraje Ciadi se busca otorgar a los inversionistas la seguridad que no habrá injerencias políticas o judiciales del Estado huésped de la inversión, a la vez que se les asegura a las partes un mecanismo neutral y autosuficiente de resolución de controversias.

Cabe resaltar que el convenio Ciadi y la jurisdicción Ciadi creada «[...] está limitada a la solución de controversias entre particulares inversionistas y Estados; está descartada la posibilidad de conocer controversias cuyas partes sean sólo particulares, o controversias cuyas partes sean solamente Estados».<sup>25</sup> Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, por regla general, «[...] es posible someter una controversia al Centro siempre que el Estado receptor de la inversión y el Estado de donde es nacional el inversionista hayan ratificado el Convenio y siempre que las partes hayan consentido en ese sometimiento».<sup>26</sup>

De lo mencionado se desprende que la jurisdicción del Ciadi está reservada a controversias relativas a inversión entre inversionistas nacionales de un Estado contratante y otro Estado contratante receptor de la inversión.

---

<sup>23</sup> Este convenio fue ratificado mediante Resolución Legislativa n.º 26210 y entró en vigencia desde el 8 de setiembre de 1993.

<sup>24</sup> GALINDO, Álvaro. «El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones». En SOTO, Carlos. (ed.) *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Magna, 2008, pp. 800-801.

<sup>25</sup> MEDINA-CASAS, Héctor. «Las partes en el arbitraje Ciadi». En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, julio-diciembre 2009, n.º 15, p. 218.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

De acuerdo con lo señalado por Bullard,<sup>27</sup> existen múltiples ventajas en el sistema jurisdiccional Ciadi:

- i. Un proceso arbitral bajo el Ciadi se rige bajo sus propias normas, sin intervención de la legislación arbitral y poder judicial del Estado receptor de la inversión, o del Estado en donde se lleva a cabo el arbitraje.
- ii. Sustrae del control de las legislaciones domésticas todo el proceso arbitral, incluido el proceso de anulación de laudo, e incluso virtualmente, la ejecución del laudo, lo cual lo libera de la injerencia procesal y jurisdiccional del Estado receptor de la inversión.
- iii. Al ser un mecanismo de solución de controversias auspiciado y acogido por el Banco Mundial, reduce al mínimo la probabilidad de desconocimiento de las decisiones adoptadas en el Ciadi por las implicancias reputacionales que podría acarrear para el Estado.
- iv. El sometimiento de las controversias al Ciadi implica la renuncia a la protección diplomática por parte de los inversionistas, lo cual, a su vez, acarrea un deber de abstención por parte de los Estados de efectuar cualquier presión en el ámbito de las relaciones internacionales.

Cabe señalar que un beneficio adicional del sometimiento al Ciadi es la posibilidad de que el laudo obtenido sea automáticamente reconocido por el Estado receptor y pueda ser plenamente ejecutado.<sup>28</sup> La ejecución de un laudo Ciadi se dará en nuestro país como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado, ello de conformidad con el convenio Ciadi y según ha sido

---

<sup>27</sup> BULLARD, Alfredo. «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». En *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, p. 701 y ss.

<sup>28</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. y Álvaro LOREDO. *Op. cit.*, p. 305.

reconocido por la décimo cuarta disposición complementaria de la Ley de Arbitraje. En esa línea, un laudo Ciadi

[...] deberá ser reconocido sin que proceda revisión alguna en la forma ni en el fondo. Es decir, no está sujeto ni a *exequatur* ni a homologación alguna, por que deberá ser ejecutado como una sentencia firme de un tribunal peruano.<sup>29</sup>

### ***3.3.1. Requisitos para acceder a la jurisdicción del Ciadi***

Si bien la jurisdicción del Ciadi ofrece una serie de ventajas de cara a la solución de controversias entre Estados y nacionales de otros Estados adscritos al convenio Ciadi, para el ingreso a esta sede se tienen que cumplir ciertos requisitos mínimos, a los cuales nos referiremos a continuación.

Los requisitos y presupuestos mínimos para el acceso a la jurisdicción Ciadi, se encuentran en el artículo 25 del convenio Ciadi:

#### **Artículo 25**

- 1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.
- 2) Se entenderá como «nacional de otro Estado Contratante»:
  - a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la

---

<sup>29</sup> BULLARD, Alfredo. «Protección a las inversiones y solución de disputas en Perú», p. 602.

nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

- b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.
- 3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.
- 4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

Como se desprende de este artículo, son principalmente tres los presupuestos para acceder a la jurisdicción del Ciadi: (i) la existencia de una controversia jurídica que surja directamente de una inversión; (ii) que la controversia sea entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante; y (iii) la existencia de consentimiento por escrito de las partes para someter la controversia al Centro.

A efectos de lo que en este trabajo nos interesa, analizaremos estos requisitos en el marco de las cláusulas de resolución de controversias en los contratos de APP.

### 3.3.1.1. Consentimiento previo de las partes

En un arbitraje de inversión ante el Ciadi, el consentimiento expreso de las partes de someterse a su jurisdicción es un elemento indispensable para arbitrar en el Centro. El ser parte del convenio Ciadi no implica *per se* el otorgamiento de un consentimiento previo para solucionar una controversia en el Centro.<sup>30</sup>

Este consentimiento por parte del Estado, en el marco del convenio Ciadi, puede ser otorgado de diversas maneras:<sup>31</sup> (i) a través de la celebración de tratados de inversión; (ii) mediante leyes que reconozcan la posibilidad de arbitrar en el Ciadi; y, (iii) mediante un contrato. El inversionista, a su vez, manifiesta su conformidad mediante su participación en el contrato o mediante su acogimiento al tratado o a la ley respectiva.<sup>32</sup>

A modo informativo, según la información disponible en la página oficial del Ciadi, se han presentado hasta la fecha 32 arbitrajes en materia de inversión privada que involucran al Estado peruano. De estos 32 arbitrajes, 19 tienen su fuente en controversias derivadas de tratados; 3 derivan de tratados y contratos; y, 10 arbitrajes derivan de controversias de convenios Ciadi establecidos en contratos.

---

<sup>30</sup> GALINDO, Álvaro. *Op. cit.*, p. 802.

<sup>31</sup> BULLARD, Alfredo. «Protección a las inversiones y solución de disputas en Perú», p. 645.

<sup>32</sup> Medina-Casas, citando el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, indica que «el consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido. El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta». MEDINA-CASAS, Héctor. *Op. cit.*, pp. 802-803.

**Tabla n.º 2**  
**Controversias del Estado peruano ante el Ciadi en materia**  
**de inversiones extranjeras**

<b>Fuente Invocada - Ciadi</b>	<b>Número de controversias</b>
Tratado	19
Tratado y contrato	3
Contrato	10

Fuente: Ciadi <<https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>>.

En cuanto a los diez casos cuya fuente directa alegada ha sido un contrato, tenemos a los siguientes arbitrajes Ciadi:

**Tabla n.º 3**  
**Controversias del Estado peruano derivadas de convenios**  
**Ciadi por contratos**

<b>Número de caso Ciadi</b>	<b>Partes</b>	<b>Año de inicio</b>
ARB/03/28	Duke Energy International Peru Investments n.º 1 Ltd República del Perú (demandado)	2004
ARB/06/13	Aguaytia Energy, LLC República del Perú (demandado)	2007
ARB/11/9	Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S. A. C (demandante)	2011

	República del Perú (demandado)	
ARB/13/24	República del Perú (demandante) Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S. A. C (demandado)	2013
ARB/12/28	Pluspetrol Perú Corporation Perupetro S. A. (demandado)	2013
ARB/16/33	APM Terminals Callao S. A. República del Perú (demandado)	2016
ARB/17/3	Metro de Lima Línea 2 S. A. República del Perú (demandado)	2017
ARB/18/17	Autopista del Norte S. A. C República del Perú (demandado)	2018
ARB/18/48	Hydrika 1 S. A. C República del Perú (demandado)	2019
ARB/20/18	Desarrollo Vial de los Andes S. A. C. República del Perú (demandado)	2020

Fuente: Ciadi <<https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>>.

En el caso que nos ocupa, el consentimiento de las partes está expresado en las cláusulas de solución de controversias de los contratos de APP. A continuación, citamos la parte respectiva de un contrato de APP en el cual se expresa el sometimiento al Ciadi:

[...] El arbitraje de derecho podrá ser nacional o internacional, de acuerdo a lo siguiente:

Cuando las Controversias No Técnicas tengan a) un monto involucrado superior a US\$ 30 000 000,00 (treinta millones y 00/100 dólares) o su equivalente en moneda nacional; o b) cuando las Partes no estén de acuerdo sobre la cuantía de la materia controvertida, las Partes tratarán de resolver dicha controversia vía trato directo dentro del plazo establecido en la Cláusula 16.1 para el caso del arbitraje internacional, pudiendo ampliarse por decisión conjunta de las Partes en los términos establecidos.

*En caso las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del plazo de trato directo referido en el párrafo precedente, las controversias suscitadas serán resueltas mediante arbitraje internacional de derecho a través de un procedimiento tramitado de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el «Ciadi»), establecidas en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa n.º 26210, a cuyas normas las Partes se someten incondicionalmente. Alternativamente, las Partes podrán acordar someter la controversia a otro fuero distinto al del Ciadi, si así lo estimaran conveniente.*

*Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del Ciadi, el Concedente en representación del Estado de la República del Perú declara que al Concesionario se le considerará como «Nacional de Otro Estado Contratante» por estar sometido a control extranjero según lo establece el literal b) del numeral 2 del artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y el Concesionario acepta que se le considere como tal.*

El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Washington D. C., Estados Unidos de América, y será conducido en idioma castellano.

Si por cualquier razón el Ciadi declinara asumir el arbitraje promovido en virtud de la presente Cláusula, las Partes de manera anticipada aceptan someter, en los mismos términos antes señalados, las Controversias No Técnicas a que se refiere el presente acápite (i), a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. En ese caso el arbitraje se llevará a cabo en Lima, Perú.

Las Partes expresan su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de los tribunales arbitrales señalados en los párrafos precedentes.  
[...].<sup>33</sup> (Énfasis agregado)

De la cláusula citada se muestra una regulación usual contenida en los contratos de APP —un contrato de concesión, en este caso—, a través de la cual las partes (concedente y concesionario), en determinadas circunstancias, someten la resolución de sus controversias a arbitraje internacional Ciadi. Por lo cual, de esa manera, el requisito del consentimiento por escrito requerido por el convenio Ciadi se cumple.

Sin perjuicio del acuerdo por escrito contenido en el contrato de APP, debe tenerse en cuenta que, como bien menciona Galindo, «[...] el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a la jurisdicción del Ciadi».<sup>34</sup> Los demás requisitos y presupuestos tienen que ser cumplidos también.

### **3.3.1.2. Existencia de una controversia jurídica que surja directamente de una inversión**

Cuando nos encontramos frente a controversias derivadas de un contrato de APP, el requisito de la existencia de «diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión» se torna normalmente sencillo de cumplir. Tal como explicamos inicialmente, los contratos de APP, como mecanismos de colaboración público-privada, sirven precisamente para canalizar las inversiones de los privados, por lo cual es pacífica su consideración como «inversión» en los términos del convenio Ciadi.

---

<sup>33</sup> Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción y Mantenimiento de las Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic (en adelante, “Contrato de Concesión de Chavimochic”). Cláusula 16.

<sup>34</sup> GALINDO, Álvaro. *Op. cit.*, p. 803.

### 3.3.1.3. Controversia entre un Estado contratante y el nacional de otro Estado contratante

Un presupuesto y requisito natural para la resolución de una controversia de inversión extranjera en el Ciadi radica en la calidad que deben ostentar las partes; por un lado, está el Estado contratante receptor de la inversión y, por el otro, el inversionista nacional de otro Estado contratante, se entiende, distinto al Estado huésped.

Si analizamos un contrato de APP, en las partes que lo conforman no existe en estricto una heterogeneidad en cuanto al componente nacionalidad, ya que por una parte tenemos al Estado peruano, como concedente y, por la otra, tenemos como concesionario a una sociedad constituida en el Perú. En otras palabras, en términos de nacionalidad, la contraparte contractual del Estado contratante es, a su vez, nacional del mismo Estado.

Por regla general, el convenio Ciadi y la jurisdicción del Centro están proscritos para cualquier controversia entre un Estado parte y su propio nacional, en el entendido de que lo que se busca es la protección y promoción de inversión extranjera en los Estados. Sin embargo, en el artículo 25(2)(b) del convenio Ciadi se establece una excepción a esta regla cuando se trata de personas jurídicas que, si bien pueden ser consideradas nacionales del Estado receptor de la inversión, están sometidas a control extranjero, caso en los cuales se puede habilitar su consideración como nacionales de otro Estado contratante». <sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Al respecto, se señala «El Convenio no requiere una forma específica de acuerdo para tratar a una persona jurídica, que tiene la nacionalidad del Estado huésped, como nacional de otro Estado contratante debido al control extranjero. Sin embargo, un acuerdo es esencial. Sin éste, el Centro no tendrá jurisdicción». SCHREUER, Christoph H.; MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y Anthony SINCLAIR. *The Icsid Convention: A Commentary: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. Segunda edición. Cambridge: University Printing House, p. 299. Traducción libre.

Con esta excepción, el convenio Ciadi reconoce una realidad existente en el contexto de las inversiones internacionales. Muchas veces, ya sea por requerimiento legales o por decisiones empresariales, los inversionistas extranjeros canalizan sus inversiones mediante la constitución de sociedades en los Estados huéspedes de la inversión.

En el caso de los contratos de APP en el Perú, independientemente de la nacionalidad de los inversionistas participantes en el proceso de licitación del proyecto, en las bases del concurso se suele solicitar al adjudicatario (normalmente, consorcios compuestos por empresas extranjeras) que para la celebración y ejecución del contrato de APP constituya una sociedad de propósito especial (SPV, por sus siglas en inglés) dentro del país. Por lo cual, de ser el caso, la canalización de la inversión privada extranjera se dará a través de una persona jurídica nacional del propio Estado receptor de la inversión.

Es por tal razón que, en armonía con lo regulado en el convenio Ciadi, y en aras de otorgar una protección y seguridad a los inversionistas extranjeros, en casi la totalidad de los contratos de APP se establecen cláusulas de sometimiento al Ciadi en las cuales, adicionalmente, se reconoce a la sociedad contratante (en adelante, la Sociedad o la SPV) como «nacional de otro Estado contratante» por estar sometido a control extranjero. De esa manera, se trata de garantizar a los inversionistas extranjeros controladores de la SPV que cualquier controversia derivada del contrato de APP que pueda afectar su inversión podrá ser resuelta en la jurisdicción Ciadi.

### ***3.3.2. Problemas en torno al establecimiento del Ciadi como primera opción en las cláusulas de solución de controversias de los contratos de APP***

Según la información reseñada por Nalvarte, explicada en líneas atrás, de los 57 contratos de APP celebrados desde que entró en vigencia la primera Ley de APP hasta el año 2020, 54 contratos de APP regulan

como primera opción de sede arbitral al Ciadi para los supuestos de arbitraje internacional. Esto significa que ante cualquier controversia que por su cuantía deba ser canalizada por arbitraje internacional, las partes deberán recurrir al Ciadi.

Visto de manera general, podría considerarse que el hecho de que en los contratos de APP se haya optado por tener como primera opción al Ciadi es una decisión óptima, dados los beneficios que la jurisdicción Ciadi trae consigo y la protección reforzada que se le brindaría a los inversionistas. Sin embargo, esta postura adoptada en los contratos de APP parte de una premisa que no en todos los casos se presenta: que la contraparte contractual del Estado peruano, esto es, la sociedad inversionista, cumpla con todos los requisitos necesarios para acceder a la jurisdicción Ciadi.

Nos explicamos. Conforme lo desarrollado en la sección anterior, para el ingreso a la jurisdicción Ciadi deben concurrir determinados presupuestos y cumplirse ciertos requisitos referidos, principalmente, al consentimiento para arbitrar, al tipo de controversia jurídica a ser discutida y a la calidad de las partes del arbitraje.

Nos gustaría centrarnos en la calidad de las partes del contrato de APP. Según lo explicado, el convenio Ciadi y la jurisdicción Ciadi están reservados para controversias entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante (llámese un inversionista extranjero). Excepcionalmente, la jurisdicción Ciadi se extiende a las controversias que puedan surgir entre el Estado contratante receptor de la inversión y una persona jurídica nacional del mismo Estado, cuando ésta última esté sometida a control extranjero y se haya acordado otorgarle la calidad de «nacional de otro Estado contratante».

En los contratos de APP sometidos al Ciadi, el acuerdo para el otorgamiento a la contraparte del Estado peruano de la calidad de «nacional de otro Estado» se encuentra en la cláusula de resolución de

controversias, como puede notarse en la cláusula transcrita líneas atrás.<sup>36</sup> Sin embargo, esta regulación por sí misma no hace que la jurisdicción Ciadi le sea automáticamente aplicable a la sociedad parte del contrato de APP.

El artículo 25(2)(b) establece que se entenderá como «nacional de otro Estado contratante» a «[...] las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha [fecha del acuerdo arbitral] la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero».

Como puede notarse, además del acuerdo para atribuirle el carácter de «nacional de otro Estado contratante», es indispensable la verificación de un hecho objetivo: que la sociedad esté sometida a control extranjero de nacionales de otro Estado contratante. Si este hecho no se verifica, entonces el Ciadi rechazará el sometiendo de cualquier diferencia jurídica a su jurisdicción. La existencia de control extranjero se configura como un requerimiento objetivo que no puede ser reemplazado por el acuerdo de arbitrar de las partes.<sup>37</sup>

Conforme señalan Schreuer y otros:

[...] un acuerdo sobre la nacionalidad extranjera [de la sociedad] creará una presunción de que existe la condición fáctica de control extranjero, pero nada más. Esta presunción es rebatible. El control extranjero debe realmente existir y no puede ser construido por las partes o deducido de un acuerdo entre ellos.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Contrato de Concesión de Chavimochic. Cláusula 16.2.b «[...] Para efectos de tramitar los procedimientos de arbitraje internacional de derecho, de conformidad con las reglas de arbitraje del Ciadi, el Concedente en representación del Estado de la República del Perú declara que al Concesionario se le considerará como “nacional de otro Estado contratante” por estar sometido a control extranjero según lo establece el literal b) del numeral 2 del artículo 25 del Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, y el Concesionario acepta que se le considere como tal. [...]» (énfasis agregado).

<sup>37</sup> SCHREUER, Christoph H. y otros. *Op. cit.*, p. 312.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 316.

En los contratos de APP existen diversos escenarios en los cuales las controversias que surjan del mismo no podrán ser discutidas en la jurisdicción Ciadi debido a la ausencia de «control extranjero» de la sociedad, tales como:

### **3.3.2.1. La sociedad parte del contrato de APP está controlada exclusivamente por nacionales peruanos**

Si bien gran parte de las inversiones que se efectúan en contratos de APP pertenecen a inversionistas extranjeros, no es infrecuente también que los inversionistas detrás de un contrato de APP sean exclusivamente peruanos.<sup>39</sup> En tales circunstancias, el requisito de control extranjero en la sociedad parte del contrato de APP no se presenta y, por ende, las controversias de dicho contrato no podrán ser discutidas en el Ciadi.<sup>40</sup>

### **3.3.2.2. La sociedad parte del contrato de APP cuenta con inversionistas extranjeros nacionales de otro Estado contratante, pero éstos no son los controladores**

Otro posible escenario de ocurrencia en el marco de los contratos de APP es que, en efecto, sí existan inversionistas extranjeros pertenecientes a otro Estado contratante, pero que, sin embargo, no ostenten el control de la sociedad.

Es oportuno en esta parte explicar qué se entiende por control en el marco del convenio Ciadi.

---

<sup>39</sup> A modo de ejemplo, en el Contrato de Concesión del Terminal Portuario Matarani, la empresa Terminal Internacional del Sur S.A. (Tisur), que tiene la calidad de concesionario en el Terminal Portuario de Matarani, se encuentra compuesta por un accionariado puramente peruano, siendo una empresa subsidiaria de Santa Sofía Puertos S. A. (empresa a su vez subsidiaria de Tramarsa S. A), la que posee el 99,99999925 % de su capital social, mientras que el ciudadano peruano Calixto Romero Seminario posee el 0,00000075 % restante. Informe de Desempeño, Concesión del Terminal Portuario de Matarani, p. 7, 2019.

<sup>40</sup> SCHREUER, Christoph H. y otros. *Op. cit.*, p. 316.

Al respecto, lo primero a saber es que no existe una definición de «control» dentro del convenio Ciadi. No obstante, conforme refieren Schreuer y otros, en el entendimiento de la jurisprudencia Ciadi, mayoritariamente se ha sostenido que una entidad controla a otra si posee la capacidad legal para controlarla.<sup>41</sup>

Esta capacidad legal de control de una sociedad normalmente se entiende como aquel poder o facultad que ostentan los controladores para decidir el rumbo de la actividad social, esto es, para adoptar, ya sea directa o indirectamente, las decisiones sobre la actuación de la sociedad.

En tal sentido, dicha facultad de control de la sociedad suele derivar principalmente (i) de la titularidad de determinado porcentaje de las acciones de la sociedad (p. ej. más del 50 %), suficiente para participar y adoptar decisiones dentro de la junta de socios; y/o, (ii) de la habilitación para designar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano administrativo de la sociedad. Menos común, pero no de inusual ocurrencia, es que dicha prerrogativa provenga también (iii) de convenios o acuerdos de socios o de éstos con terceros.

En el contexto del convenio Ciadi, para la determinación de la nacionalidad de los controladores extranjeros existen algunas posturas que alegan que el control al que hace referencia el artículo 25(2)(b) es un control simple, por lo cual una porción razonable de control sería suficiente;<sup>42</sup> mientras que otros alegan que implica un control efectivo o posición dominante y no meramente un cierto grado de participación.<sup>43</sup>

Adicionalmente, otro tema presente respecto al control extranjero es si para su determinación únicamente se debe tener en cuenta la influencia directa de los accionistas o directores de la sociedad (control inmediato o directo) o si es necesario también ahondar en la influencia

---

<sup>41</sup> *Idem*, p. 326.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 319.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

que otros nacionales puedan tener a su vez respecto de los primeros (control indirecto).<sup>44</sup>

En lo concerniente a la jurisprudencia Ciadi, las posturas respecto a la determinación del control extranjero son variadas también.<sup>45</sup> En algunos casos se ha considerado que únicamente importa la mayoría accionaria sobre la persona jurídica, con un análisis sólo en un primer nivel de la sociedad,<sup>46</sup> mientras que en otros se ha señalado que es importante determinar el control efectivo de la sociedad, yendo incluso más allá del primer nivel de accionariado.<sup>47</sup>

Por nuestra parte, coincidimos en que la existencia de control extranjero en una sociedad, en los términos del convenio Ciadi es un asunto complejo cuya determinación requiere el análisis de diversos factores, tales como la participación accionaria, la distribución de los derechos de voto y la conformación de la administración de la sociedad. Asimismo, consideramos que el control de una sociedad se determina en cada caso en concreto y que los factores mencionados deben ser analizados de manera conjunta.<sup>48</sup>

Adicionalmente, conforme Medina Casas, dada la ausencia de un criterio único, corresponde a los Estados definir en cada caso en concreto cómo opera la determinación del control.<sup>49</sup> Al respecto, un factor de importante consideración en el análisis y determinación del control extranjero en el marco de los contratos de APP es la definición de «control» contenida en estos contratos.<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> MEDINA-CASAS, Héctor. *Op. cit.*, p. 225.

<sup>46</sup> Amco v. Indonesia. Decision on Jurisdiction, 25 september 1983. Paraf. 14 (iii).

<sup>47</sup> SOAB v. Senegal. Decision on jurisdiction. 1 august 1984, paras. 35-38.

<sup>48</sup> SCHREUER, Christoph H. y otros. *Op. cit.*, p. 327.

<sup>49</sup> MEDINA-CASAS, Héctor. *Op. cit.*, p. 225.

<sup>50</sup> Contrato de Chavimochic

Dicho ello, y volviendo a los contratos de APP, como se mencionó, podría suceder que dentro de la conformación de la SPV parte del contrato existen inversionistas extranjeros nacionales de un Estado contratante del convenio Ciadi que, sin embargo, no ostentan el control de la sociedad. En tales casos, dicha sociedad no cumpliría con el requisito de estar sometida a control extranjero y, por ende, el Ciadi no tendría jurisdicción en la resolución de las controversias que se originen del contrato de APP.

Por otro lado, un escenario especial podría presentarse dentro de la sociedad cuando existan varios accionistas extranjeros nacionales de diversos Estados contratantes del convenio Ciadi que conjuntamente ostentan el control de la sociedad y que, sin embargo, individualmente no podrían ser considerados controladores. Al respecto, en opinión que compartimos con Schreuer y otros, en este escenario el requisito del control extranjero sí se cumpliría y lo que correspondería es demostrar que, en efecto, los nacionales de los Estados contratantes ostentan en conjunto el control de la sociedad.<sup>51</sup>

---

«Numeral 1.38. “Control Efectivo”: se entiende que una persona natural o jurídica ostenta o está sujeta al Control Efectivo de una persona jurídica o sometida a control común con ésta, cuando:

- Cuenta con más del cincuenta por ciento (50 %) del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios, a través de la propiedad directa de los títulos representativos del capital social o indirectamente mediante contrato de usufructo, garantía mobiliaria, fideicomiso, sindicación y similares o cualquier otro acto jurídico; o
- De manera directa o indirecta, tiene la facultad para designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, que le permita controlar o ejercer la mayoría de los votos en las sesiones de directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas o financieras bajo un reglamento o contrato cualquiera fuera su modalidad; o
- Por cualquier otro mecanismo o circunstancia (contractual o no), controla el poder de decisión en la otra empresa de manera efectiva.

En adición a lo anterior, y siempre que resulte aplicable, a efectos de determinar el control efectivo, se tomará en cuenta lo dispuesto en la Resolución Conasev n.º 090-2005-EF-94.10, modificada por la Resolución Conasev n.º 005-2006-EF/94.10, sus modificatorias o norma que la sustituya».

<sup>51</sup> SCHREUER, Christoph H. y otros. *Op. cit.*, p. 318.

### **3.3.2.3. Los controladores de la sociedad son inversionistas extranjeros, pero nacionales de un Estado no contratante del convenio Ciadi**

Otro de los escenarios en los cuales el Ciadi carecería de jurisdicción para resolver una controversia derivada de un contrato de APP se presenta cuando la sociedad está bajo el control de inversionistas extranjeros nacionales de un Estado no contratante del convenio Ciadi. En este caso, el requisito del control extranjero tampoco se cumpliría y, por ende, las controversias del contrato de APP no podrían ser discutidas en el Ciadi.

Un caso de público conocimiento en los últimos años en el cual este escenario se presentó es el derivado del Contrato de Concesión de las Obras Hidráulicas Mayores del Proyecto Chavimochic.<sup>52</sup> En este contrato de concesión las partes son, por un lado, el Estado de la República del Perú, como concedente y, por el otro, el Concesionaria Chavimochic S. A.<sup>53</sup> como concesionario.

La controversia surgida entre las partes es relativa a la falta de entrega del control del proyecto por parte del concedente, consistente en la entrega de los terrenos para la construcción de las obras y al no cierre financiero por parte del concesionario.

El concesionario, en aplicación de la cláusula de controversias del contrato (ver numeral 3.3.1.1 anterior), luego de agotar la etapa de trato directo, en febrero de 2017, efectuó una solicitud de registro de arbitraje ante el Ciadi, la misma que fue rechazada al considerarse que es una

---

<sup>52</sup> Ver <<https://elcomercio.pe/economia/peru/chavimochic-arbitraje-iniciado-ano-pasado-noticia-545555-noticia/?ref=ecr>>.

<sup>53</sup> El concesionario tiene como accionistas a los miembros del Consorcio Río Santa-Chavimochic, adjudicatario de la buena pro de este proyecto, a saber: (i) Constructora Norberto Odebrecht S. A. (20 %), Odebrecht Participações e Investimentos S. A. (53,5 %), y Graña y Montero S. A. A. (26,5 %).

sociedad sometida a control extranjero de nacionales de un Estado no contratante (Brasil) del convenio Ciadi.<sup>54</sup>

Al ser rechazada la solicitud de arbitraje por el Ciadi, lo que correspondía es que se inicie un arbitraje bajo las reglas de arbitraje de la CNUDMI, siendo su sede Lima. Y eso fue lo que hizo el concesionario, continuando actualmente en proceso un arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de arbitraje de la CNUDMI entre el concesionario y el concedente.

En los escenarios descritos previamente es previsible que el Ciadi rechazará las solicitudes de arbitraje que se efectúen al carecer de jurisdicción para resolver las controversias derivadas de esos contratos de APP, toda vez que el requisito de control extranjero necesario para considerar a la sociedad contraparte del Estado como nacional de otro Estado contratante no se cumple.

Sin embargo, a pesar de ello, dado el diseño de las cláusulas de resolución de controversias de los contratos de APP, estas sociedades necesariamente tendrían que agotar la etapa de iniciación de un arbitraje ante el Ciadi, a pesar de conocer con antelación que esta sede carece de jurisdicción. Sólo una vez rechazada su solicitud o, en general, declinada la competencia del Ciadi, la sociedad podrá iniciar un arbitraje fuera del centro en los términos que establezca el contrato de APP.

En el mejor de los casos, en estos escenarios una solicitud de arbitraje será rechazada por la Secretaría General del Ciadi en uso de la facultad contenida en el artículo 36(3) del convenio Ciadi<sup>55</sup> de denegar el

---

<sup>54</sup> Ver <<https://ciarglobal.com/ciadi-rechaza-arbitraje-de-odebrecht-vs-peru-pero-continua-en-euu/>>.

<sup>55</sup> «Artículo 36

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

registro de solicitudes que se encuentren manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.<sup>56</sup> Esta facultad de filtro busca evitar la presentación de reclamaciones espurias o inadecuadas que, una vez constituido el tribunal, de seguro serían consideradas fuera de ámbito de jurisdicción del Ciadi.<sup>57</sup> Cabe señalar que esta decisión es inapelable.<sup>58</sup>

Sin embargo, en caso la Secretaría General decida inscribir la solicitud de arbitraje, le corresponderá al tribunal arbitral, luego de un análisis más profundo, rechazar la jurisdicción sobre la base del no cumplimiento del requisito de control extranjero.

En cualquiera de los dos supuestos anteriores, dado el resultado negativo previsible de la ausencia de jurisdicción del Ciadi para la resolución de las controversias derivadas de los contratos de APP, la inversión de tiempo y dinero efectuada por las partes se torna inútil.

Es evidente que, en estos escenarios de ausencia de control extranjero, someter a las sociedades, como inversionistas, a incurrir en delaciones de tiempo y en costos innecesarios no es una opción que vaya acorde con la promoción de la inversión privada y con la oportuna solución de las controversias derivadas de un contrato de APP. Se debe tener en cuenta que una cláusula de resolución de controversias en un

---

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación».

<sup>56</sup> Respecto a qué debe entenderse por «manifiestamente fuera de la jurisdicción», Puig y Brown citan las posturas del profesor Sutton y del profesor Schreuer, para el primero significa que no podría concebirse su subsanación por cualquier evidencia o argumento, mientras que para el segundo dicho estándar significa «fácilmente reconocible». PUIG, Sergio y Chester BROWN. «The Secretary-General's Power to Refuse to Register a Request for Arbitration Under the ICSID Convention». En *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Forthcoming*, 21 de marzo del 2012, n.º 172, p. 14.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 6.

<sup>58</sup> *Idem*, p.2.

contrato de APP busca la solución efectiva y oportuna de conflictos derivados del contrato a efectos de otorgar certeza a las partes respecto a su ejecución, evitando así afectaciones a los proyectos involucrados, lo cual no se cumpliría a cabalidad en estos escenarios.

En síntesis, el sometimiento en los contratos de APP a la jurisdicción del Ciadi para la resolución de controversias contractuales podría parecer de manera general una opción adecuada y propicia; sin embargo, como hemos puesto de manifiesto, en no pocas ocasiones los requisitos para acceder a esta jurisdicción podrían no presentarse y, en tales casos, el tener que agotar como vía previa el Ciadi se convierte en un obstáculo para la solución oportuna de las diferencias surgidas y significa gastos de tiempo y dinero innecesarios e inútiles para las partes.<sup>59</sup>

### ***3.3.3. Arbitrajes ad hoc bajo las reglas de arbitraje de la CNUDMI en los contratos de APP***

Tomando en consideración los datos proporcionados por Nalvarte, en el 60 % de los contratos de APP que establecen como primera opción al Ciadi se señala que, ante el rechazo del Centro de asumir el arbitraje, las partes se someten a las reglas de arbitraje de la CNUDMI (Uncitral, por sus siglas en inglés). Entonces, ante escenarios como los reseñados previamente, las partes de un contrato de APP tendrán que seguir esta vía para la resolución de sus controversias.

---

<sup>59</sup> Cabe mencionar que en las cláusulas de resolución de controversias de los contratos de APP también se suele colocar que, previo acuerdo de las partes, se puede optar por otra sede arbitral como vía alternativa. Si bien podría considerarse que esta estipulación soluciona el problema reseñado, la realidad es que ante un contexto conflictivo las probabilidades de que las partes lleguen a un acuerdo sobre la sede arbitral son reducidas. Adicionalmente, esta opción implica que el inversionista queda sometido a que el Estado brinde su consentimiento para el cambio de sede toda vez que se requiere un acuerdo previo.

CNUDMI son las siglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. En su página web oficial se describe a la CNUDMI como el

Principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 50 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional.<sup>60</sup>

Contrariamente a lo que comúnmente se suele creer, la CNUDMI no es una sede arbitral internacional (ni nacional). En otras palabras, la CNUDMI no es una institución arbitral que administre arbitrajes. El encargo de la CNUDMI es crear textos normativos no vinculantes (*softlaw*) y ponerlos a disposición de la comunidad internacional para que sirvan de modelos y/o para que sean adoptados por los Estados o por los particulares en el ámbito de sus actuaciones mercantiles.

Como bien se señala en su propia página web, «la CNUDMI y su Secretaría no actúan como tribunal arbitral, no administran actuaciones arbitrales, ni desempeñan ninguna otra función relacionada con procedimientos arbitrales determinados, ni con ningún otro régimen público o privado de solución de controversias».<sup>61</sup>

Siendo ello así, cuando en los contratos de APP se hace referencia a que, ante declinación del Ciadi, las partes se someten a las reglas de arbitraje de la CNUDMI, ello no significa que se someten a una institución o sede arbitral llamada «CNUDMI» que administrará el arbitraje. Lo que ello significa es que se instaurará un arbitraje *ad hoc*, esto es, no

---

<sup>60</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Sobre la CNUDMI*. Recuperado de <<https://uncitral.un.org/es/about>>.

<sup>61</sup> Recomendamos revisar la sección de preguntas más frecuentes sobre «La CNUDMI y las controversias o litigios entre privados» en <<https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/faq>>.

administrado por alguna institución arbitral (en contraste con un «arbitraje institucional»), y las reglas procesales que regirán dicho arbitraje serán las contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, estableciéndose normalmente como lugar de arbitraje Lima, Perú.

En estos casos lo que corresponderá es la instauración de un tribunal arbitral *ad hoc* que llevará sus actuaciones arbitrales en Lima.

En nuestra opinión, el tener a un arbitraje *ad hoc* como segunda opción para las controversias calificadas como «internacionales» en los contratos de APP puede no ser la opción más recomendable. Si el presupuesto para canalizar la discusión de las controversias de cuantía elevada mediante instituciones arbitrales internacionales, como el Ciadi, es su importancia y transcendencia económica, y mediante un arbitraje institucional internacional se otorga más seguridad y certeza a la resolución de la controversia, entonces un arbitraje *ad hoc* podría no ser la vía más adecuada para lograr esos objetivos.

Nos explicamos. A diferencia de un arbitraje institucional, un arbitraje *ad hoc* no es administrado por ninguna institución arbitral, es el propio tribunal arbitral en conjunto con una secretaria arbitral los que administran el arbitraje. De este hecho se derivan las siguientes consideraciones:

- No cuenta con soporte institucional y administrativo.
- No existe filtro para designación de árbitros y/o para efectuar una eventual recusación.
- No existe predictibilidad de los costos administrativos y honorarios arbitrales.
- Dada la ausencia de reglas generales internas, podría llevar a dilaciones injustificadas en el proceso arbitral.

- Puede prestarse a actos de corrupción en las decisiones de los tribunales arbitrales.

Sobre esto último, son conocidos en el Perú los numerosos casos de corrupción dentro de tribunales *ad hoc* que se han presentado en los últimos años, precisamente valiéndose de la configuración misma de un arbitraje *ad hoc*.

Por lo cual, tener un tribunal arbitral *ad hoc* como la segunda opción para la discusión de controversias de alta cuantía y tan importantes como las derivadas de los contratos de APP no se convierte en la opción más adecuada a efectos de resguardar la correcta y oportuna solución de conflictos, así como para servir de garantía a los inversionistas privados e incluso al mismo Estado.

En esa línea, sin perjuicio de las críticas existentes,<sup>62</sup> consideramos adecuada la modificación de la Ley de Arbitraje efectuada mediante Decreto de Urgencia n.º 020-2020 de enero de 2020, en virtud de la cual los arbitrajes que tengan como parte al Estado peruano serán, por regla general, arbitrajes institucionales, pudiendo ser por excepción *ad hoc* si la cuantía envuelta no supera las diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT),<sup>63</sup> lo cual incluye a las controversias derivadas de contratos de APP.

---

<sup>62</sup> Ver al respecto: VERA VÁSQUEZ, Giusseppe. *Comentarios y críticas al Decreto de Urgencia 020-2020 que modifica la Ley de Arbitraje. La reserva mental del legislador y lo que realmente se normativizó*. 2020. Disponible en <<https://ciarglobal.com/comentarios-y-criticas-al-du-20-2020-que-modifica-la-ley-de-arbitraje/>>; y RABINES MATA, Rodrigo. «Reflexiones sobre el DU N°020 y la peligrosa institucionalización forzosa de los arbitrajes en los que el Estado es parte». En *Enfoque Derecho*, 2020. Disponible en <<https://www.enfoquederecho.com/2020/09/09/reflexiones-sobre-el-du-n020-y-la-peligrosa-institucionalizacion-forzosa-de-los-arbitrajes-en-los-que-el-estado-es-parte/>>.

<sup>63</sup> Artículo 7.- «Arbitraje ad hoc e institucional.

[...]

5. Cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT). En ambos casos son arbitrajes de derecho; con excepción de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, cuando sus controversias son de

Dado que normalmente la cuantía de las controversias de un contrato de APP que llegan a ser discutidas en un tribunal *ad hoc* es superior a USD 30 millones (las denominadas de carácter «internacional»), a partir de enero de 2020 el arbitraje *ad hoc* se encuentra virtualmente proscrito de las controversias derivadas de este tipo de contratos. Por lo cual, en la redacción de las cláusulas de resolución de controversias de contratos de APP a partir de esa fecha, la posibilidad de recurrir a un arbitraje *ad hoc* tendría que ya no ser una opción válida.

#### **4. LA DEFENSA DEL ESTADO EN LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS DE APP**

Un aspecto importante cuando estamos frente a controversias en contratos de APP consiste en la determinación de quiénes ostentarán la defensa jurídica del Estado. De acuerdo con la estructura usual de las cláusulas de solución de controversias en este tipo de contratos podrían presentarse tres diferentes tipos de arbitraje luego de agotada la etapa de trato directo: (i) un arbitraje nacional con sede institucional; (ii) un arbitraje internacional en una institución arbitral; y, (iii) un arbitraje nacional o internacional *ad hoc*. En cada uno de estos escenarios, dada la regulación actual, la defensa del Estado tendrá componentes distintos. Veamos.

##### ***4.1. Arbitraje nacional con sede institucional***

El tipo de arbitraje que se utilizará para la resolución de las controversias técnicas surgidas en los contratos de APP usualmente tiene como criterio de determinación a la cuantía y a la materia en controversia, conforme se explicó anteriormente. Es así que, normalmente cuando la cuantía en discusión es inferior a USD 30 millones o la controversia es

---

naturaleza técnica que pueden ser atendidas alternativamente por arbitrajes de conciencia» (numeral incorporado por el artículo 2 del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, publicado el 24 enero 2020).

de puro derecho y no cuantificable, el arbitraje será de derecho y en una institución arbitral nacional.

Teniendo en cuenta que si bien los contratos de APP tienen como parte al Estado de la República del Perú, éste es representando a su vez por la EPTP, a saber, el ministerio, gobierno regional, gobierno local o la entidad pública habilitada mediante ley expresa, la que se encarga tanto de la suscripción, como de la gestión y administración, del contrato de APP.

Las EPTP, a efectos de llevar a cabo la defensa jurídica de sus intereses, de conformidad con Decreto Legislativo n.º 1326 (en adelante, la Ley de Defensa Jurídica del Estado), cuentan con la asistencia de una procuraduría pública asignada a la entidad. Cada procuraduría pública se compone a su vez de un procurador titular y de uno o más procuradores adjuntos, de corresponder. Los procuradores públicos son los abogados defensores del Estado.

En tal sentido, por regla general, en un contrato de APP, la defensa del Estado en los arbitrajes nacionales con sede institucional se lleva a cabo por la procuraduría pública de la respectiva EPTP.

Indicamos por regla general, ya que con la promulgación de la Ley de Defensa Jurídica del Estado se creó la Procuraduría Especializada en Arbitrajes destinada a ejercer la defensa del Estado en toda clase de procesos arbitrales, especialmente en aquellos originados por controversias surgidas en los contratos suscritos en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.<sup>64</sup>

Esta Procuraduría Especializada en Arbitrajes intervendrá cuando la pretensión o el monto total de contrato materia de controversia supere

---

<sup>64</sup> Artículo 50, numeral 50.1. del Decreto Supremo n.º 018-2019-JUS (Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1326).

las 200 UIT,<sup>65</sup> o ante el pedido expreso de otro procurador público, siendo en este último caso que no se considerará la cuantía si el pedido manifiesta una causa que justifique el traslado.<sup>66</sup>

Entonces, de acuerdo con la normativa actual, en un arbitraje nacional con sede institucional cuando la controversia derivada de un contrato de APP sea mayor a 200 UIT, la defensa estará a cargo de la Procuraduría Especializada en Arbitrajes, y cuando sea menor a dicho monto, la defensa estará a cargo de la procuraduría pública de las EPTP, salvo que ésta última solicite expresamente a la primera hacerse cargo del arbitraje.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante mencionar que a marzo del 2021, a más de un año de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo n.º 1326, la Procuraduría Especializada en Arbitrajes aún no se ha implementado. Por lo cual, la competencia en estos casos continúa recayendo en su totalidad en la procuraduría pública de las EPTP.

Por nuestra parte, consideramos acertada la intención detrás de la creación de la Procuraduría Especializada en Arbitrajes como órgano de defensa especializado en materia arbitral; no obstante, a efectos de un adecuado funcionamiento y cumplimiento de sus finalidades, una correcta implementación que prevea los potenciales problemas de coordinación a nivel interno del Estado es indispensable.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> Actualmente, un monto de S/ 880 00,00, tomando el valor de la UIT al 2021 de S/ 4400.

<sup>66</sup> Artículo 50 numeral 50.3. del Decreto Supremo n.º 018-2019-JUS (Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1326).

<sup>67</sup> Para un análisis un tanto más detallado de esta procuraduría, ver: MONTREUIL LÓPEZ, Uber y Daniel MASNJAK MARÍN. «Apuntes sobre la nueva Procuraduría Especializada en Arbitraje». En *Enfoque Derecho*, 2019. Disponible en <<https://www.enfoquederecho.com/2019/12/10/apuntes-sobre-la-nueva-procuraduria-especializada-en-arbitraje/>>.

#### ***4.2. Arbitraje internacional con sede en una institución de arbitraje internacional***

Normalmente, cuando la cuantía de la controversia derivada del contrato de APP supera los USD 30 millones o las partes no estén de acuerdo en la cuantía, dichas controversias serán resueltas en un arbitraje internacional de derecho en el Ciadi (o en otra institución de arbitraje internacional).

Cuando una controversia es canalizada mediante el Ciadi, se activa el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (en adelante, Sicreci).<sup>68</sup> El Sicreci es de aplicación a acuerdos celebrados entre entidades públicas del Estado e inversionistas nacionales o extranjeros, tales como contratos de privatización, contratos de concesión, convenios de estabilidad jurídica y a todos aquellos acuerdos que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias, así como a tratados que contengan disposiciones en materia de inversión, celebrados por el Estado peruano con otros Estados y que establezcan procedimientos de solución de controversias entre los inversionistas de un Estado y el Estado receptor de la inversión.<sup>69</sup>

Por su parte, la Comisión Especial<sup>70</sup> del Sicreci es la encargada de ejercer la defensa jurídica y representar al Estado peruano en controversias internacionales de inversión, como las que tengan su sede en el Ciadi, en todas las etapas, lo cual incluye el trato directo. En tal

---

<sup>68</sup> Dentro del desarrollo de políticas que el Perú ha venido trabajando con el fin de seguir promoviendo la inversión privada y la adecuada protección del Estado en controversias internacionales de inversión, el 15 de diciembre de 2006 se promulgó la Ley n.º 28933, que creó el Sicreci.

<sup>69</sup> Artículo 3 de la Ley n.º 28933.

<sup>70</sup> Se encuentra conformada por los siguientes miembros permanentes: (i) el Ministerio de Economía y Finanzas, que la preside y es su coordinador; (ii) el Ministerio de Relaciones Exteriores; (iii) el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; y (iv) la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - Proinversión. Puede, además, contar con miembros no permanentes, tales como el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en casos de tratados internacionales) o cada representante de las entidades públicas involucradas.

sentido, y conforme se suele establecer en los Contratos de APP,<sup>71</sup> ante cualquier controversia que tenga como vía de solución una sede internacional como el Ciadi, la protección del Estado se canalizará a través de la Comisión Especial del Sicreci.

Cabe señalar que cuando nos encontramos ante procesos relativos a controversias de inversión de competencia del Sicreci, no es de aplicación la Ley de Defensa Jurídica del Estado, esto es, no interviene la Procuraduría Pública.<sup>72</sup> Por lo cual, en las controversias derivadas de contratos APP que remiten a organizaciones autónomas internacionales administradoras de mecanismos internacionales de solución de controversias, como el Ciadi, la defensa es asumida exclusivamente por el Sicreci.<sup>73</sup>

### ***4.3. Arbitraje nacional ad hoc***

Conforme a la regulación usual de los contratos de APP, cuando el Ciadi, por cualquier razón, declina su competencia para asumir un arbitraje, las partes se someten a un arbitraje *ad hoc* bajo la aplicación de las reglas CNUDMI, cuya sede será usualmente en Lima.

---

<sup>71</sup> Contrato de Concesión de Chavimochic, cláusula 16.1 “[...] Para el caso de controversias que deban resolverse como arbitraje internacional, el periodo de negociación o trato directo será no mayor a seis (6) meses. Dicho plazo se computará a partir de la fecha en la que la Parte que invoca la cláusula notifique su solicitud de iniciar el trato directo al Ministerio de Economía y Finanzas en su calidad de Coordinador del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, sin perjuicio de notificar dicha solicitud a la otra Parte, en virtud de lo establecido en la Ley N° 28933 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 125-2008-EF y normas modificatorias.

<sup>72</sup> Disposición complementaria final de la Ley de Defensa Jurídica del Estado  
Quinta- «Excepción

Exceptúese de la aplicación del presente Decreto Legislativo a los procesos a que se refiere la Ley n.º 28933, Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión, los procesos que sigue el Estado Peruano ante la Corte Internacional de La Haya, los procesos que sigue el Estado ante la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Organización Mundial del Comercio y demás organizaciones internacionales de integración comercial y comercio internacional, así como en el marco de los acuerdos comerciales internacionales de los que el Perú es parte».

<sup>73</sup> Artículo 3 de Reglamento del Sicreci.

En estos casos, podría creerse que al estarse en el marco de controversias contractuales, por cuya cuantía el contrato de APP establece que se canalizarán por «arbitraje internacional», la calidad del arbitraje *ad hoc* regido por las reglas CNUDMI será también uno de carácter internacional. Sin embargo, ello no es así. Este arbitraje *ad hoc* con sede en Lima será un arbitraje nacional, ya que no cumple ninguna de las circunstancias legales para ser calificado como uno de carácter internacional.<sup>74</sup>

En tal sentido, al tener este arbitraje *ad hoc* la consideración de un arbitraje nacional, la competencia del Sicreci no se activa ya que este tipo de arbitraje no constituye un mecanismo internacional de controversias en los términos de la Ley del Sicreci y su Reglamento. Aplicándose la misma consideración en caso el arbitraje sea, en efecto, uno internacional al estar situado fuera de Perú, ya que en tal caso continuará siendo un arbitraje *ad hoc*, sin una sede institucional internacional y, por ende, fuera de la consideración como mecanismo internacional de solución de controversias definido en la Ley del Sicreci y su Reglamento.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> Ley de Arbitraje

Artículo 5.- «Arbitraje internacional

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
- b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
- c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral».

<sup>75</sup> Reglamento de la Ley del Sicreci

Artículo 3.- «Mecanismo internacional de solución de controversias

3.1 Para efectos de la Ley, se entiende por mecanismos internacionales de solución de controversias a aquéllos establecidos en virtud de Tratados de los que el Perú sea parte, cuyo cumplimiento compromete al Estado peruano en el ámbito del derecho internacional público, que cuenten con por lo menos una de las siguientes características generales:

- a. Sean administrados por organizaciones autónomas internacionales;
- b. Contengan ciertos tipos de reglas de procedimientos para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, incluyendo procedimientos *ad hoc*;
- c. Los costos del proceso sean asumidos íntegramente por las Partes en la disputa;

De lo mencionado se desprende que la defensa del Estado en un arbitraje *ad hoc*, ya sea nacional o internacional, no estará a cargo de la Comisión Especial del Sicreci, sino de la procuraduría pública de la ETPT o de la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes cuando ésta se implemente (dada la cuantía de la controversia).

## 5. REFLEXIONES FINALES

El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los Contratos de APP es un instrumento muy útil y valioso para la promoción de la inversión privada. La obligatoriedad de su incorporación en este tipo de contratos otorga una garantía y protección relativa a los inversionistas, a su vez que asegura a las partes la resolución oportuna de sus controversias y, con ello, vela por la continuidad de la ejecución del proyecto inmerso en la APP.

Sin perjuicio de ello, conforme lo desarrollado en este artículo, existen diversos aspectos de la regulación actual del arbitraje en los contratos de APP, en lo relativo a las vías de canalización de las controversias, que potencialmente se presentan problemáticos:

- 
- d. Los Laudos Arbitrales que emitan sean de obligatorio cumplimiento para las Partes;
  - e. La ley aplicable a la impugnación, reconocimiento y/o ejecución de los Laudos Arbitrales que emitan no sea la de ningún Estado, sino la que el propio mecanismo establezca.
- 3.2 Sin perjuicio de lo señalado en el numeral anterior, se reconoce, sin carácter excluyente a las siguientes organizaciones autónomas internacionales administradoras de mecanismos internacionales de solución de controversias a las cuales se ha acordado someter la controversia en materia de inversión:
- a. La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya;
  - b. El Comité Consultivo Legal Regional Asiático-Africano, con sedes en El Cairo y Kuala Lumpur;
  - c. El Centro Australiano de Arbitraje Comercial Internacional, con sede en Melbourne;
  - d. El Centro Australiano de Disputas Comerciales, con sede en Sydney;
  - e. El Centro Internacional de Arbitraje, con sede en Singapur;
  - f. El Centro de Arbitraje Comercial GCC, con sede en Bahrain;
  - g. El Instituto Alemán de Arbitraje;
  - h. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial;
  - i. La Asociación Americana de Arbitraje; y,
  - j. La Cámara Internacional de Comercio, con sede en París».

- En primer lugar, según se vio, casi la totalidad de los contratos de APP, cuando se trata de controversias a ser resueltas en un arbitraje internacional, establecen como primera opción al Ciadi. Esta opción, vista de manera general, puede parecer óptima, sin embargo, aterrizada a cada caso en concreto podría convertirse en una barrera para acceder a una solución oportuna de una controversia. Ello, principalmente, porque existen casos en los cuales no se cumplen los requisitos para acceder a la jurisdicción Ciadi, esencialmente, enfocados en la necesaria presencia de control extranjero en las sociedades partes del contrato de APP.

En tales circunstancias, el necesario agotamiento previo del Ciadi como primera opción antes de acudir a otra vía arbitral significa un gasto inútil de tiempo y recursos para las partes, y principalmente, para el inversionista. Más que alentar la inversión y procurar la continuidad en la ejecución del proyecto, la complica.

Una solución para este potencial problema es establecer en las cláusulas arbitrales de los contratos de APP otra opción adicional de sede arbitral internacional, como lo puede ser la CCI, que sirva de alternativa al Ciadi. Y establecerse que la parte que pretenda iniciar el arbitraje (usualmente, el inversionista) puede, a su decisión, optar por acudir al Ciadi o a la otra sede arbitral. De esa manera, ante supuestos en los cuales la controversia esté manifiestamente fuera de la jurisdicción del Ciadi, se optará por utilizar la otra vía alternativa.

- En segundo lugar, vimos también que usualmente cuando el Ciadi, por cualquier razón, declina asumir el arbitraje, las partes se someten a un arbitraje bajo las reglas arbitrales de la CNUDMI. Este arbitraje, normalmente con sede en Lima, no es otra cosa que un arbitraje *ad hoc* al que le son aplicables las reglas procesales contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. No es un arbitraje institucional, ni internacional.

En estos casos, lo que potencialmente estaba destinado a ser discutido como un arbitraje de inversión en el Ciadi, se convierte en un arbitraje común a ser resuelto por un tribunal arbitral *ad hoc*. Y dada la falta de institucionalidad de este tipo de arbitrajes, son múltiples los problemas que se pueden presentar de cara a un correcto desenvolvimiento del proceso arbitral.

Con la nueva regulación incluida en la modificación de la Ley de Arbitraje, relativa a que cuando la cuantía de una controversia que tenga como parte al Estado supere las 4000 UIT, el arbitraje tiene que ser necesariamente institucional, virtualmente los arbitrajes *ad hoc* en los contratos de APP quedan proscritos. Igualmente, este aspecto se cubre con la propuesta de doble alternativa de sede arbitral mencionada en el punto anterior, así en caso el Ciadi decline su competencia, corresponderá canalizar el arbitraje por la otra sede arbitral y no por un arbitraje *ad hoc*.

- Finalmente, en lo concerniente a la defensa del Estado en los arbitrajes derivados de contratos de APP, existe una mixtura respecto a quién debe asumir el rol de defensor del Estado. Cuando los arbitrajes son en una institución arbitral nacional, las procuradurías públicas de las EPTP son los órganos competentes para defender los intereses del Estado.

Sin embargo, cuando estamos ante los denominados arbitrajes internacionales con sede en el Ciadi, el Secreci, por medio de la Comisión Especial, asume competencia inclusive desde la etapa de trato directo. Pero si, por alguna circunstancia, el Ciadi declina su competencia y se activa un arbitraje *ad hoc*, automáticamente el Secreci pierde competencia para continuar viendo la controversia que ya venía conociendo desde un principio.

Dicho esquema se presenta poco propicio para una adecuada defensa de los intereses del Estado, ya que no necesariamente

todas las procuradurías públicas de las EPTP cuentan con la especialización requerida para los arbitrajes de contratos de APP, lo cual puede conllevar a que la defensa del Estado no se presente en los mejores términos, con el potencial impacto en los intereses públicos inmersos en el proyecto de APP.

En tal sentido, consideramos apropiada la creación de la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes, la cual estaría también destinada a canalizar la defensa del Estado en los arbitrajes derivados de los contratos de APP en los cuales no intervenga el Sicreci. Sin embargo, dada aún la ausencia de su implementación, creemos que este proceso tiene que darse de manera razonada y previendo los potenciales problemas de funcionamiento administrativo al interior del Estado, para garantizar así la adecuada marcha de esta procuraduría. Ello a fin de que el remedio no termine siendo peor que la enfermedad y no tengamos que afrontar una vez más la disyuntiva ¿quién podrá defender al Estado en un contrato APP?

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Asociaciones Público Privadas en el Perú: Análisis del Nuevo Marco Legal, Módulo V. El Contrato de APP, Compromiso y garantías del Estado y gestión de modificaciones contractuales*. 2016. Recuperado de <[https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv\\_privada/capacitaciones/modulo\\_5.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_5.pdf)>.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, BANCO ASIÁTICO DE DESARROLLO y WORLD BANK. *Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 3*. Washington, D. C.: World Bank, 2017. Recuperado de <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/29052>>.

BULLARD, Alfredo. «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». En *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016.

BULLARD, Alfredo. «Protección a las inversiones y solución de disputas en Perú». En *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016.

CASTILLO, Christian y Claudio SILVA. «Arbitraje en concesiones de infraestructura. Entrevista a Carlos Núñez». En *Revista de Derecho Administrativo*, 2016, n.º 16.

CÍRCULO DE ARBITRAJE CON EL ESTADO - CAE. *Conversatorio: Arbitraje de inversión en las asociaciones público privadas - APP - CAE*. 26 de junio del 2020. [Video de YouTube]. Recuperado de <<https://www.youtube.com/watch?v=UJ84pmPaTLA&feature=youtu.b>>.

GALINDO, Álvaro. «El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones». En SOTO, Carlos (editor). *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Magna, 2008.

HENOSTROZA DE LA CRUZ, Daniel. «Arbitraje, concesiones y asociaciones público privadas en los puertos del Perú». En *Advocatus*, 2008, n.º 32.

HUAPAYA, Ramón. «Diez tesis sobre las Asociaciones Público Privadas (APP) en nuestro régimen legal». En *Revista de Derecho Administrativo*, 2013, n.º 13.

MEDINA-CASAS, Héctor. «Las partes en el arbitraje Ciadi». En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, julio-diciembre 2009, n.º 15.

MONTREUIL LÓPEZ, Uber y Daniel MASNJAK MARÍN. «Apuntes sobre la nueva Procuraduría Especializada en Arbitrajes». En *Enfoque Derecho*, 2019. Disponible en <https://www.enfoquederecho.com/2019/12/10/apuntes-sobre-la-nueva-procuraduria-especializada-en-arbitraje/>.

PUIG, Sergio y Chester BROWN. «The Secretary-General's Power to Refuse to Register a Request for Arbitration Under the ICSID Convention». En *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Forthcoming*, 21 de marzo del 2012, n.º 172.

RABINES MATA, Rodrigo. «Reflexiones sobre el DU N°020 y la peligrosa institucionalización forzosa de los arbitrajes en los que el Estado es parte». En *Enfoque Derecho*, 2020. Disponible en <https://www.enfoquederecho.com/2020/09/09/reflexiones-sobre-el-du-n020-y-la-peligrosa-institucionalizacion-forzosa-de-los-arbitrajes-en-los-que-el-estado-es-parte/>.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. y Álvaro LOREDO. «Arbitraje y contratos de concesión: aplicación de trato justo y equitativo como garantía de las inversiones a la luz de la reciente jurisprudencia de los tribunales Ciadi». En SOTO, Carlos (editor). *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. Lima: Magna, 2008.

SCHREUER, Christoph H.; MALINTOPPI, Loretta; REINISCH, August y Anthony SINCLAIR. *The Icsid Convention: A Commentary: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. Segunda edición. Cambridge: University Printing House.

VERA VÁSQUEZ, Giusseppe. *Comentarios y críticas al Decreto de Urgencia 020-2020 que modifica la Ley de Arbitraje. La reserva mental del legislador y lo que realmente se normativizó*. 2020. Disponible en

<<https://ciarglobal.com/comentarios-y-criticas-al-du-20-2020-que-modifica-la-ley-de-arbitraje/>>.



PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2021  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
ABRIL DEL 2021, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,  
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795  
LIMA 18, PERÚ