





**LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR  
CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA**



*Volumen 114 Biblioteca de Arbitraje del*

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## *Arbitraje*

### **Libro homenaje al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla**

Karina Ulloa Zegarra  
Oswaldo Alvarado Grande  
(Coordinadores)



CENTRO DE  
**ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN  
DE CONFLICTOS  
PUCP**

**ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

## **LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA**

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.  
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú  
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166  
estudio@castillofreyre.com - 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

Primera edición, setiembre 2023  
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 2023-

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

## ÍNDICE

|                                                                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Nota del editor                                                                                                                                                  | 11  |
| Lecciones de un abogado incansable<br><i>Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger</i>                                                                                     | 13  |
| COMERCIO EXTERIOR                                                                                                                                                |     |
| La misión de la aduana en el régimen de apertura del comercio exterior:<br>veintisiete años después, agenda pendiente<br><i>Oswaldo Alvarado</i>                 | 17  |
| Reflexiones en torno a la valoración aduanera de las mercancías importadas<br><i>Julio Guadalupe Báscones</i>                                                    | 27  |
| Naturaleza jurídica de las mercancías restringidas<br>y prohibidas en la normatividad peruana<br><i>Marco Antonio Huamán Sialer</i>                              | 37  |
| ¿Está consolidada la liberalización arancelaria?<br><i>Javier Illescas</i>                                                                                       | 61  |
| La crisis del transporte marítimo en el contexto de la pandemia<br>de la COVID-19 y sus efectos en el comercio internacional<br><i>Carlos Esteban Posada Uga</i> | 71  |
| Tratamiento del IGV aplicable a la exportación de bienes<br><i>Oscar Vásquez Nieva</i>                                                                           | 79  |
| La facilitación de comercio exterior en la legislación aduanera peruana<br><i>Roberto Zagal Pastor</i>                                                           | 91  |
| ARBITRAJE Y OTROS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS                                                                                                               |     |
| Convenio arbitral y póliza de seguros<br><i>Manuel Diego Aramburú</i>                                                                                            | 107 |

|                                                                                                                                                                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ¿Mezclando el agua con el aceite? El derecho privado y la normativa de contrataciones del Estado: a propósito de la anulación de un laudo arbitral por aplicar el Código Civil<br><i>Luciano Barchi Velaochaga</i>              | 113 |
| La revisión judicial de laudos arbitrales en casos de orden público (con especial referencia a los contratos ilícitos) y las tensiones que provoca<br><i>Leandro Caputo</i>                                                     | 151 |
| Demarcando fronteras: los límites del laudo<br><i>Mario Castillo Freyre</i><br><i>Verónica Rosas Berastain</i><br><i>Massiel Silva-Santisteban Amésquita</i>                                                                    | 169 |
| Conveniencia para Perú de firmar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Convención de Singapur sobre la Mediación)<br><i>Ricardo De Urioste S.</i> | 185 |
| Los mitos de la cláusula penal<br><i>Freddy Escobar Rozas</i>                                                                                                                                                                   | 199 |
| La repartición del riesgo económico por falta de conformidad en la Convención de Viena en virtud del precio de reventa<br><i>Alfredo Ferrante</i>                                                                               | 223 |
| En busca de un Registro Nacional de Árbitros abierto hacia el futuro<br><i>Ricardo Gandolfo Cortés</i>                                                                                                                          | 233 |
| Aspectos jurídicos y principios procesales del arbitraje<br><i>Julio César Guzmán Galindo</i>                                                                                                                                   | 241 |
| Comentarios acerca del marco legal regulador del control previo de las operaciones de concentración empresarial<br><i>Oswaldo Hundskopf Exebio</i>                                                                              | 261 |
| Mediación virtual. El aporte de la tecnología como proceso disruptivo para la justicia<br><i>Juan F. Jiménez Mayor</i>                                                                                                          | 283 |
| De utopías o distopías: arbitraje en la contratación pública, balance y perspectivas de futuro<br><i>Derik Latorre Boza</i>                                                                                                     | 299 |



|                                                                                                                                                                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA                                                                                                                                                                                                   | 9   |
| La excepción del incumplimiento y su aplicación en las controversias<br>bajo la ley de contrataciones con el Estado y su reglamento<br><i>Víctor Madrid Horna</i>                                                                                         | 347 |
| <i>Dispute adjudication boards</i> : características generales,<br>implementación contemporánea y tratamiento de medidas cautelares<br>en el Reglamento DAB de la CCI<br><i>Lisette Elizabeth Ortega Orbegoso</i>                                         | 371 |
| Aspectos fundamentales de las medidas de defensa comercial<br>en la Organización Mundial del Comercio - OMC.<br>Una aproximación a sus semejanzas y diferencias<br><i>Jorge Pando Vilchez</i>                                                             | 391 |
| Reflexiones sobre el arbitraje de consumo<br><i>María Beatriz Parodi Luna</i>                                                                                                                                                                             | 407 |
| La aplicación de penalidades en la contratación pública<br><i>Alvaro Priale Torres</i>                                                                                                                                                                    | 419 |
| Entre la arbitrabilidad y el desamparo<br><i>Alberto Quintana Sánchez</i>                                                                                                                                                                                 | 429 |
| La naturaleza procesal del arbitraje<br><i>Anibal Quiroga León</i>                                                                                                                                                                                        | 437 |
| Análisis de la aplicabilidad de algunas de las medidas de ciberseguridad<br>en el arbitraje internacional<br><i>Irma Isabel Rivera Ramírez</i>                                                                                                            | 473 |
| <i>Disputes boards</i> y juntas de resolución de disputas en el Perú<br><i>Ricardo Rodríguez Ardiles</i>                                                                                                                                                  | 497 |
| Consecuencias derivadas de la aprobación<br>de una prestación adicional de bienes y servicios<br><i>Magali Rojas Delgado</i>                                                                                                                              | 511 |
| ¿Existe responsabilidad administrativa funcional<br>para el servidor o funcionario público en la decisión administrativa<br>de recurrir directamente a la conciliación como mecanismo<br>de solución de conflictos?<br><i>Giovanna Sansotta Gutiérrez</i> | 521 |

En camino hacia una ética funcional en el sistema arbitral peruano 537  
*Carlos Seminario Reyes*

¿Se puede reducir la desconfianza en los árbitros designados unilateralmente? 549  
*Alfredo F. Soria Aguilar*

¿Es correcto o no es correcto?  
Reflexiones sobre interrogatorios a testigos en el arbitraje 561  
*José Steck*

Conflictividad social en el Perú y mecanismos de solución de conflictos:  
¿se pueden prevenir y gestionar? 573  
*Omar Sumaria Benavente*

El listado naranja de las Directrices IBA,  
el criterio de designaciones reiteradas en el medio nacional 603  
*Daniel Triveño Daza*

Sobre algunas incidencias jurídicas  
derivadas de la solicitud de arbitraje en el Perú 613  
*Daniel Ugaz*

## NOTA DEL EDITOR

Hace un año, la doctora Karina Ulloa Zegarra me propuso la idea de que la *Biblioteca de Arbitraje* promoviera la elaboración de una obra colectiva en homenaje al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla.

La idea me pareció excelente, debido a varios motivos.

El primero de ellos consiste en que conozco a César desde hace más de tres décadas, pues en 1988 fue mi profesor del curso de Derecho del Comercio Internacional, que dictó a varias generaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Su curso era muy interesante y brindaba a los alumnos una perspectiva diferente, que ampliaba la idea de las transacciones y del propio Derecho.

Luego de algunas décadas, volví a tratar con César, entonces director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a mediados del año 2007, cuando le propuse la idea de que el Centro de nuestra casa de estudios organizara un congreso internacional de arbitraje por todo lo alto, con miras a que el mismo tuviese periodicidad anual.

Es así que en septiembre de ese año tuvo lugar el Primer Congreso Internacional de Arbitraje, coorganizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, por la Embajada de Francia y por nuestro Estudio de Abogados. El mismo fue todo un éxito y luego de algunos congresos más, los mismos ya fueron organizados exclusivamente por la universidad, con nuestro auspicio académico.

César ha sido y es un incansable promotor de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, lo que se pone de relieve con su participación en la creación del desaparecido Cearco, primer centro de arbitraje del Perú y, luego, con la dirección, por casi dos décadas, del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de nuestra universidad.

Guardo especial aprecio por César y esta obra es un muy merecido homenaje a la trayectoria vital y profesional de un abnegado profesor, y de un gestor del Arbitraje, de la Conciliación y, en años recientes, de la Junta de Resolución de Disputas.

Por eso, felicito y agradezco la iniciativa de Karina Ulloa Zegarra. Esta obra, por lo demás, no sólo versa sobre temas arbitrales, sino también acerca de materias propias de otras áreas del Derecho.

Asimismo, debo agradecer al doctor Oswaldo Alvarado Grande, quien también fue alumno del doctor Guzmán-Barrón, por su colaboración al promover la obra entre sus futuros autores.

Y, especialmente, a la treintena de abogados y profesores que han escrito en ella.

Es un honor para nosotros que este libro sea publicado dentro de nuestra colección y estamos seguros de que los lectores quedarán satisfechos con su contenido.

Lima, abril de 2023  
Mario Castillo Freyre\*  
*Director*

---

\* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de Número y del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho; presidente electo de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) para el periodo 2022-2023; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. 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>.



## LECCIONES DE UN ABOGADO INCANSABLE

*Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger\**

El editor y promotores de este libro han sido muy amables en brindarme un espacio, a pesar de que mi especialidad es el Derecho Laboral. Destinaré las siguientes líneas a comentar sobre las lecciones no jurídicas que nos deja el homenajeado.

Es difícil resumir más de cincuenta años de carrera profesional y de trayectoria académica, en especial cuando nos encontramos ante un abogado que ha sabido desempeñarse con la misma dedicación e igual sentido de la responsabilidad tanto en el ámbito público como en el ámbito privado.

Empezó su ejercicio profesional en un estudio jurídico privado; pasó a trabajar luego en el Ministerio de Industria y Comercio, donde siendo el único abogado, y rodeado principalmente de economistas, desarrolló su primera especialización a partir de los desafíos cotidianos: Comercio Exterior y Aduanas. En esa época, no existía la especialidad ni los expertos en esta rama del Derecho en el Perú. Por ello, a mediados de los setenta, viajó a Ginebra durante dos años para seguir cursos en las Naciones Unidas. Pese a las limitaciones del contexto nacional de esa década, se llegó a convertir en un referente y, más adelante, presidió la Asociación Peruana de Derecho del Comercio Internacional, que creara un grupo entusiasta de sus colegas y pupilos.

En los ochenta y noventa, se desempeñó en las áreas legales de Fopex (Fondo de Promoción a la Exportación No Tradicional) y de ICE (Instituto de Comercio Exterior). Durante esos años, viajaba intensamente al interior del país para capacitar y reunirse con productores y comerciantes, e impulsar la exportación de productos no tradicionales, así como la creación de las primeras zonas francas. Con el tiempo se sumaron viajes al extranjero para representar al Perú en conferencias y reuniones vinculadas al comercio exterior (era consultor de UNCITRAL, ONUDI, AID, BID, ITC y del entonces Acuerdo de Cartagena), y también para conocer otras experiencias frente a prácticas monopólicas, pues perteneció a la primera Comisión de Libre Competencia del Indecopi.

Después de dos décadas como funcionario público regresó al sector privado, ingresando como socio principal al Estudio Cárdenas, Olcese & Guzmán-Barrón Abogados y, tiempo después, abrió su propio estudio: Guzmán-Barrón Abogados. En este último fui practicante, pues no quería perderme la oportunidad de aprender de quien me había enseñado con tanto entusiasmo el curso de Derecho del Comercio Internacional en la Facultad de Derecho de la PUCP. Recuerdo un par de encargos que me hicieron: elaborar un manual de ferias y acudir a la aduana del Callao. Fue una etapa de muchas gratas vivencias.

Para entonces él ya era un profesor consagrado. Había empezado dictando clases de Derecho en la Facultad de Ingeniería de la PUCP y en ADEX. Posteriormente, en los noventa, no solo dictaba en la PUCP, en la Universidad de Lima y en la Universidad de Piura, sino también en Costa Rica. Además, era director ejecutivo del Registro Predial Urbano. Hubo un periodo en el cual realizaba siete diversas actividades paralelas, entre profesionales y académicas. Esa ardua capacidad de trabajo y tenaz curiosidad constituyen un legado muy difícil de igualar. Cuántas veces lo encontré despierto desde muy temprano corrigiendo exámenes, revisando y redactando proyectos de resoluciones, preparando charlas o leyendo.

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde es docente. Socia del área Laboral y Migratoria de DLA Piper Perú.

Cuando recién egresó de la facultad, estuvo interesado en ingresar a la carrera diplomática y, aunque decidió no hacerlo, participó en varias misiones comerciales, junto a diplomáticos peruanos, viajando a México, Panamá, Brasil y Japón. Llegó a ser miembro de la comisión binacional a cargo del Tratado de Comercio y Navegación, que finalmente fue uno de los acuerdos que culminaron con el conflicto con Ecuador iniciado en 1995. Estoy segura de que esta ha sido una de las experiencias más especiales que ha tenido, incluido el viaje a la firma de la Declaración de Paz de Itamaraty.

Como hijo de magistrado, supo de las dificultades de obtener pronta solución en la vía judicial y tuvo claro desde muy joven que no se dedicaría al litigio. Fue uno de los fundadores del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú - CEARCO. A fines de los noventa llevó un curso sobre conciliación que cambiaría significativamente su rumbo. La conciliación era el cauce natural para canalizar su interés por evitar largos y engorrosos procesos judiciales —que en su época, mi abuelo tuvo que dirimir—. Su vocación ha sido coadyuvar a la solución de conflictos como mediador, conciliador, facilitador y árbitro. Convencido de que los medios alternativos de solución de controversias eran una vía idónea, especializada y expeditiva, fundó el hoy Centro de Análisis y Resolución de Conflictos (CARC), siendo su presidente durante diecisiete años. Con una energía inagotable, ha viajado a los lugares más recónditos del país —incluso en lomo de acémila y en chalupa—, para participar de reuniones con empresarios y comuneros, como parte de su labor en el CARC y como miembro del equipo que condujo la Defensoría para el Proyecto de Gas de Camisea. Identificar intereses comunes a partir de cosmovisiones distintas supuso para mi papá ser un instrumento de diálogo y paz en un sinnúmero de situaciones.

¿Cómo pasó de ser experto en comercio exterior a mediar en asuntos medioambientales en el sector extractivo y a promotor de los “dispute boards” para resolver conflictos en proyectos relacionados a grandes obras de infraestructura y construcción? Solo lo explican una capacidad infinita para reinventarse y un tesón admirable. Hoy, que se habla tanto de “salir de la zona de confort”, no encuentro otro ejemplo más palpable que el de su vida.

He sido su alumna varias veces y entiendo por qué sendas promociones lo han elegido como padrino. Es un profesor que motiva a sus alumnos a reflexionar, que transmite pasión por lo que hace y que narra grandes anécdotas. Su compromiso con la docencia ha sido permanente, lo cual lo condujo a obtener la Maestría en Humanidades después de los sesenta años de edad, y a continuar dictando clases hasta la actualidad. Asimismo, no se limita a compartir su conocimiento; a lo largo del tiempo, ha organizado congresos, foros y otras actividades similares, generando de esta manera espacios para que sus colegas puedan intercambiar puntos de vista.

Finalmente, soy testigo de excepción de su liderazgo en todas y cada una de las actividades que ha emprendido, de su gran carisma y oratoria, y de su arrojo para caminar nuevos rumbos y para abrir camino a otras personas. “El que no arriesga, no gana”, suele decirme. Y él ha ganado en la misión que se ha propuesto en la vida.

## COMERCIO EXTERIOR





## LA MISIÓN DE LA ADUANA EN EL RÉGIMEN DE APERTURA DEL COMERCIO EXTERIOR: VEINTISIETE AÑOS DESPUÉS, AGENDA PENDIENTE

Oswaldo Alvarado\*

**Sumario:** 1. Sobre la reforma en el comercio exterior peruano.— 2. El funcionamiento de la aduana en el comercio exterior peruano.— 2.1. La valoración aduanera.— 2.2. La OMC y su incidencia en la función aduanera.— 2.3. Función de la aduana en los regímenes de tráfico de perfeccionamiento activo.— 2.4. Los derechos *antidumping* y los derechos compensatorios.— 3. Bibliografía.

Uno de los primeros artículos jurídicos que leí, a finales de los noventa, en materia de comercio exterior fue uno del Dr. César Guzmán-Barrón (CG-B), cuyo título tomo prestado parcialmente en el presente artículo.<sup>1</sup> Por ese entonces, CG-B fue profesor del curso Derecho del Comercio Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y muchos de sus alumnos pudimos notar lo innovador de la materia. El contexto en que vivíamos en aquella época era de un profundo cambio en el sistema normativo y económico en el Perú y en toda la región. El artículo de CG-B describía un cambio radical en las políticas de comercio exterior y en materia económica en general, tan necesario en esos años. También mostraba el inicio de una etapa de cambios estructurales en nuestra economía, en un contexto de globalización, a partir de la suscripción de acuerdos internacionales, como el que se dio el año 1995 con la incorporación del Perú a la Organización Mundial del Comercio (OMC).

El presente artículo pretende describir cómo se ha desarrollado la misión de la aduana en el comercio exterior peruano en los últimos 27 años y los principales cambios presentados en el régimen de apertura del comercio exterior, luego de la incorporación del Perú a la Organización Mundial del Comercio (OMC).

### 1. SOBRE LA REFORMA EN EL COMERCIO EXTERIOR PERUANO

CG-B pronosticó un profundo cambio en el comercio exterior peruano con la emisión del Decreto Legislativo n.º 668, norma que estableció la libertad de comercio interior y exterior. Y no se equivocó, dicha norma, vigente hasta la fecha, sirvió para cambios estructurales en el sistema normativo que regulaba el comercio de mercancías, así como el ingreso y salida de personas y medios de transporte). Asimismo, la incorporación de la legislación de la OMC, como la regulación del comercio de servicios y propiedad intelectual, materias incluidas en los acuerdos comerciales suscritos por nuestro país, fue un punto de quiebre y acompañarían futuras reformas con la suscripción de acuerdos comerciales internacionales.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Gestión por la Universidad ESAN y máster en Derecho Internacional de los Negocios por Esade. Estudios de posgrado en World Trade Institute. Profesor en la Universidad de Piura y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ha sido profesor de Derecho del Comercio Internacional en la Facultad de Derecho de la PUCP y de Derecho Aduanero en la misma casa de estudios. Su práctica profesional ha sido principalmente en el sector privado, llegando a ser socio de estudios de abogados en el Perú, y en el sector público como miembro de la Sala de Aduanas del Tribunal Fiscal, y en el Ministerio de Comercio Exterior en el área de gestión jurídica comercial internacional.

<sup>1</sup> El artículo del Dr. César Guzmán-Barrón Sobrevilla «La misión de la aduana en el régimen de apertura del comercio exterior» fue publicado en la revista *Themis*, n.º 30, 1995.

Durante las décadas del noventa y 2000, se continuó con la liberalización del comercio exterior peruano, reduciéndose los aranceles, los cuales ya no podían utilizarse como herramienta de protección a la industria nacional, se eliminaron los registros de importadores y exportadores, y se dejaron sin efecto las autorizaciones para importar o exportar, salvo un grupo pequeño de mercancías que por razones de salud o seguridad, principalmente, requerían un permiso de la entidad pública competente.

Las medidas implementadas descritas anteriormente estuvieron orientadas a eliminar el sesgo antiexportador que había caracterizado a la política comercial desde 1970, así como a la promoción de la asignación de recursos de acuerdo con las ventajas comparativas. Esto se dio porque la política de sustitución de importaciones aplicada en el pasado generó el estancamiento de la producción y las exportaciones, y el debilitamiento de la estructura productiva del país, causas del colapso de la economía peruana a fines de la década del ochenta:<sup>2</sup>

En materia arancelaria, CG-B señalaba en su artículo que la aduana, en la gran mayoría de los productos, tan solo aplicaba un arancel del 15 %, con lo que su labor se ve simplificada. Hoy, 27 años después, esa tasa arancelaria se ha visto reducida progresivamente alcanzando, en la mayoría de casos, tasa de 0 % de arancel. En efecto, las tasas vigentes para los insumos, partes y piezas es de 0 %, mientras que para algunos productos que se encuentran fuera de la canasta básica o no representan ser insumos para la industria, pueden ser de 4,6, 11 y 12 %, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

**Cuadro n.º 1**

| N.º de subpartidas nacionales (productos) | ADV % | %     |
|-------------------------------------------|-------|-------|
| 1                                         | 12    | 0,01  |
| 674                                       | 11    | 8,4   |
| 1603                                      | 6     | 19,99 |
| 3                                         | 4     | 0,04  |
| 5739                                      | 0     | 71,56 |

Fuente: Sunat.

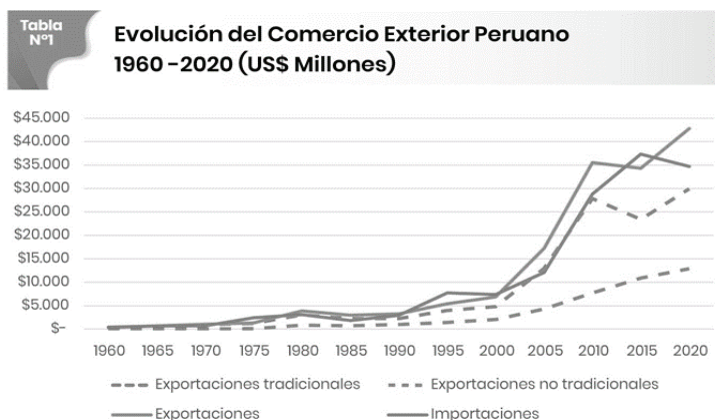
De un total de 8020 subpartidas arancelarias o productos, más de 5700, es decir, más del 71 % tiene arancel de 0 %. Este cambio es muy positivo y confirma el pronóstico de CG-B respecto a la necesidad de mantener la reducción del arancel a fin de facilitar el comercio. Y es que la reducción progresiva del arancel hizo posible un aumento en el volumen de importaciones y, en consecuencia, un menor costo del producto importado, en beneficio del consumidor nacional que, en algunos casos, utilizaba dichos insumos y materia prima en la elaboración de productos de exportación, aumentando, en consecuencia, significativamente dicha actividad económica.

En el Perú, el comercio exterior ha servido para iniciar un proceso de desarrollo exponencial en las últimas décadas pasando de tener un valor de US\$ 6061 millones en el año 1990 a US\$ 77 076 el año 2020, en términos de exportaciones más importaciones.<sup>3</sup> Si bien, desde el nacimiento de nuestra República, o desde antes, ha existido comercio con otros países, desde la década del noventa el Perú ha iniciado una incorporación al mercado mundial con el consecuente incremento de los volúmenes de importaciones y exportaciones gracias a su política de apertura económica y comercial, así como por sus procesos de integración con los principales mercados mundiales a partir de la suscripción de acuerdos comerciales internacionales, que surgieron con los Acuerdos ATPA de 1992 con EE. UU. y el SGP con la Unión Europea (Acuerdos Comerciales del Perú, 2022)(figura 1).

<sup>2</sup> PAZ SOLDÁN, Julio y María del Carmen RIVERA. «La reforma comercial y de aduanas». En ABUSADA, Roberto y otros (eds.). *La reforma incompleta: rescatando los noventa*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Instituto Peruano de Economía, 2000, p. 257.

<sup>3</sup> BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Memoria 2020*. 2021, p. 39.  
<<https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Memoria/2020/memoria-bcrp-2020.pdf>>.

Figura 1. Evolución del Comercio Exterior peruano



Fuente: BCRP, Elaboración: Idexcam.

Del cuadro anterior podemos apreciar cómo el comercio exterior ha sido una de las actividades económicas de mayor crecimiento en nuestro país, especialmente en las últimas décadas. En el año 2020 representó para Perú el 37 % del Producto Bruto Interno PBI, dentro de la balanza de cuenta corriente nacional.<sup>4</sup>

Como bien lo vaticinó CG-B, el comercio internacional peruano sufrió una transformación en la década del noventa a partir de una reforma del comercio interior y exterior. En esa línea, el Gobierno peruano plasmó una reforma comercial para elevar la eficiencia en la asignación de recursos, así como procuró integrar los mercados y la economía peruana al contexto internacional, creando para ello las condiciones básicas para un crecimiento sostenido del producto y del empleo en el mediano plazo, lo que generó beneficios tangibles a favor de la mayoría de los ciudadanos en nuestro país. En ese contexto, también se dio una eliminación de las licencias a la importación y exportación, y demás prohibiciones y restricciones al comercio exterior, dejando de lado cualquier política proteccionista.<sup>5</sup>

Especial importancia tuvieron las políticas de integración comercial. En efecto, durante la década del noventa, y especialmente durante la década siguiente, se sostuvieron diversas negociaciones comerciales internacionales, como parte integral de la política comercial peruana, la cual tuvo como objetivo central poder contribuir a un mayor crecimiento económico y una mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Para ello, fue importante impulsar el intercambio comercial de bienes y servicios, a fin de lograr un país exportador, competitivo a nivel mundial.<sup>6</sup>

## 2. EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADUANA EN EL COMERCIO EXTERIOR PERUANO

CG-B comentó hace veintisiete años cómo la actuación de la aduana en el comercio exterior sería fundamental, debido a su importante rol en el control del ingreso y salida de mercancías, medios de transporte y personas. En el artículo materia de comentario, podemos resaltar que basó su análisis en cuatro aspectos cruciales para el desarrollo de esta actividad económica: a) la valoración aduanera; b) la OMC y su incidencia en la función aduanera; c) función de la aduana en los regímenes de tráfico de perfeccionamiento activo; y d) los derechos *antidumping* y los derechos compensatorios.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>5</sup> PAZ SOLDÁN, Julio y María del Carmen RIVERA. *Op. cit.*, p. 257.

<sup>6</sup> ILLESCAS, J. *El Perú y el comercio internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010.

<<https://www.untumbes.edu.pe/vcs/biblioteca/document/varioslibros/0997.%20El%20Per%C3%BA%20y%20el%20comercio%20internacional.pdf>>.

A continuación, comentaremos los avances respecto de estos cuatro aspectos.

### 2.1. *La valoración aduanera*

La aduana, a partir del año 1995, aplicó de una manera mixta dos sistemas de valoración aduanera de las mercancías. CG-B explica que en primer lugar se aplicó la noción positiva propia del GATT, que se utilizó con variaciones por las empresas verificadoras para importaciones mayores a US\$ 2000 FOB. Y, en segundo lugar, se aplicó el sistema de la noción teórica de valor, propia del Sistema de Bruselas, que la aduana aplicó a las importaciones con un valor menor a US\$ 2000 FOB. De acuerdo con el Sistema de Bruselas, el valor de la aduana corresponde al precio adoptado en condiciones de libre competencia, pero previa verificación e investigación realizada por la aduana con el fin de determinar que ese sea el valor real. La verificación y la investigación se basan en cinco criterios: el lugar, el precio, el tiempo, el nivel comercial y la vinculación entre las partes. Estos criterios para la determinación del valor permitieron conocer cuál era el valor de la mercancía a declarar en la importación para informar a la administración aduanera respectiva y pagar los tributos correspondientes. Con la creación de la OMC, los países miembros como el Perú aprobaron e incorporaron paulatinamente el sistema de valoración positiva, vale decir, creer en la declaración de valor hecha por el importador. Bastaba que entre las partes no exista ninguna otra relación que la de comprador y vendedor para que el valor declarado deba ser aceptado. Este sistema de valoración no parte del valor en que se vendería la mercadería en el momento en que ingresó en la aduana, sino del valor en que se vendió la mercadería (valor de transacción o precio realmente pagado o por pagar).

El Acuerdo de la OMC sobre Valoración en Aduana tiene por objeto establecer un sistema equitativo, uniforme y neutro de valoración en aduana de las mercancías: un sistema que se ajusta a las realidades comerciales y que prohíba la utilización de valores arbitrarios o ficticios. El procedimiento de valoración aduanera en nuestro país ha seguido el camino trazado por la OMC de respetar el valor de transacción al momento de la nacionalización. Tanto en el Perú como en otros países miembros de la OMC han aplicado el Acuerdo del Valor de la OMC con no pocas discrepancias en su aplicación.

Los aspectos que han causado mayor controversia entre los importadores y las administraciones aduaneras en materia de valoración han sido aquellas importaciones donde el valor de la mercancía incorpora intangibles, como regalías, derechos de licencia, ingeniería, *software*, entre otros. En principio, el valor a declarar es el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías materia de compraventa, y el principal problema se presenta cuando dichos intangibles no son parte de la mercancía, ni por su propia naturaleza ni por acuerdo entre el comprador y vendedor, sino conceptos independientes. Han sido de mucha utilidad las decisiones e instrumentos del Comité Técnico de Valoración en Aduana del Consejo del Comercio de Mercancías. Los instrumentos, principalmente opiniones consultivas, estudios de casos, lista de comentarios y lista de notas explicativas, brindan una orientación a las administraciones de aduanas respecto de cómo debe ser la correcta valoración de mercancías en trámite aduanero a efectos de valorarlas correctamente, en su paso por las fronteras de los países miembros de la OMC, al comercializarlas.

A lo largo de estos veintisiete años, la casuística en la aplicación de una correcta valoración aduanera ha generado diversos pronunciamientos del Comité Técnico de valoración, para que las administraciones aduaneras puedan aplicar correctamente el Acuerdo. En el Perú, el Tribunal Fiscal es la entidad encargada de resolver las controversias entre la aduana y el contribuyente, y no han sido pocas las resoluciones en materia de valoración que han establecido criterios y jurisprudencia de observancia obligatoria para una mejor aplicación de la valoración aduanera.

El valor en aduana de las mercancías presenta una relación clara con la tributación. Es el valor en aduana el que constituye la base tributaria sobre el que debe imponerse la tasa de derecho *ad valorem*

aplicable.<sup>7</sup> La importancia que ha tenido la valoración aduanera de las mercancías y los métodos aplicables ha sido, en un inicio, la de servir como base imponible en la aplicación de los tributos de importación. Sin embargo, la función recaudadora de la aduana ha cedido paso con los años, debido principalmente al fenómeno de la reducción progresiva de los aranceles. Si bien ello ha sido consecuencia de incentivar el mayor consumo de bienes importados, rediciendo los tributos para dinamizar el comercio exterior, también ha sido consecuencia del surgimiento de otro tipo de roles más importantes que ha asumido la aduana, como resulta ser el rol facilitador del comercio en consonancia con el principio de acceso a mercados de la OMC, que persigue también esa política de dar mayor libertad y fluidez al comercio entre los países miembros de la OMC.

A partir de lo expuesto, ha sido notoria en diversas legislaciones, la pérdida del rol recaudador de las aduanas,<sup>8</sup> para dar paso a un rol facilitador. El siguiente cuadro lo explicado correctamente:

**Cuadro n.º 2**  
**Ingresos tributarios totales vs. recaudación aduanera (millones soles)**

| Concepto<br>(millones<br>soles)                | 2015      | 2016      | 2017      | 2018      | 2019      |
|------------------------------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| <b>Total<br/>ingreso<br/>tributario</b>        | 101 938,9 | 105 731,7 | 107 914,4 | 121 172,7 | 128 813,2 |
| <b>Ingreso<br/>tributario<br/>aduanas</b>      | 24 668,4  | 25 384,7  | 26 690,2  | 30 254,4  | 30 510,7  |
| <b>%<br/>participa-<br/>ción adua-<br/>nas</b> | 24,2 %    | 24,0 %    | 24,7 %    | 25,0 %    | 23,7 %    |

Fuente: Sunat (nota tributaria).

Del cuadro anterior, el ingreso tributario aduanero incluye los tributos que se recauda en la importación, lo que incluye el IGV de importación. Considerando las cifras del año 2019, el arancel de aduanas representa el 4,7 % de la recaudación aduanera total; el IGV, el 83,9 %; y el ISC, el 10,6 %. Sin embargo, el tributo aduanero clásico es el arancel a las importaciones, que representa el 1 % de los ingresos tributarios totales recaudados por la Sunat. Por dicho motivo, claramente, el rol recaudador de la aduana ha perdido la importancia que tuvo años atrás. Por lo expuesto, debe considerarse que la *implementación* del acuerdo del valor en aduanas siguió el camino trazado de la facilitación de comercio y se alejó cada vez más del rol recaudador de la aduana, tal como sucede con cualquier administración aduanera peruana.

Al respecto, el maestro Germán Pardo Carrera señala:

Así las cosas, si bien los derechos aduaneros no constituyen hoy una fuente de recursos de la importancia de otras épocas, estos definitivamente incluyen dentro de su finalidad la cobertura de los gastos públicos o la satisfacción de las necesidades estatales, pese a que estas no sean su único objetivo ni aún el principal, por lo que los derechos aduaneros habrán cumplido también con esta característica propia de los tributos.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> RIJO, José. *Derecho aduanero de la Unión Europea. Notas del marco normativo doctrinario y jurisprudencial*. Tarragona: Arola, 2019, p. 311.

<sup>8</sup> El arancel de importación es mínimo comparado con la recaudación de otros impuestos tales como el IGV y el Impuesto a la Renta en el Perú.

<sup>9</sup> PARDO CARRERA, Germán. *Tributación aduanera*. Bogotá: Legis Editores, 2009, p. 151.

De lo expuesto anteriormente, si bien podemos rescatar la naturaleza fiscal de los derechos arancelarios, ello no es óbice para reconocer el cambio producido en muchos países por la pérdida paulatina del componente fiscal en los roles de la aduana, sin que ello represente, como equivocadamente algunos afirman, la desaparición de las funciones aduaneras, sino más bien la presencia de un cambio, una modernización de la aduana, que ha incorporado en estos últimos veintisiete años funciones de incentivo al comercio. En el caso peruano, debido a la fusión de la aduana con la Sunat el año 2002, fue más complicado escindir el componente fiscal del trabajo rutinario de las aduanas en el tráfico de mercancías. Sin embargo, la mayor difusión de las funciones propias de la aduana, diferentes a las de la Sunat, ha permitido un cierto grado de avance en reconocer a esta aduana peruana un rol facilitador, en crecimiento.

## 2.2. *La OMC y su incidencia en la función aduanera*

CG-B nos mencionaba que en todos los países suscriptores de la OMC se aplicarán reglas en común, las mismas que generarán una uniformidad y una mayor manifestación de la globalización del marco jurídico del comercio exterior. Como ya lo hemos mencionado, la OMC tiene como objetivo lograr el libre cambio, la desaparición de todo tipo de medida no arancelaria y la reducción de los aranceles en la medida de lo posible, a fin de incrementar el libre comercio y acceso de las mercancías a los países miembros. En las negociaciones de la Ronda de Uruguay que dieron origen a la OMC, el Perú ha suscrito un compromiso que tiene que ver con el régimen de importaciones, y es que en ningún caso se podrá elevar los aranceles como forma de protección interna.

La OMC ha sido consciente de que algunos países miembros tenían menor grado de desarrollo que otros y a ellos se les ha permitido mantener cierto nivel arancelario. En apoyo de este objetivo se ha dado impulso a la Organización Mundial de Aduanas (OMA), creada en 1952 como Consejo de Cooperación Aduanera (CCA), un organismo intergubernamental independiente cuya misión es mejorar la eficacia y la eficiencia de las administraciones aduaneras. La OMA representa a 184 administraciones aduaneras de todo el mundo que, en conjunto, procesan aproximadamente el 98 % del comercio mundial. Como centro mundial de conocimientos aduaneros, la OMA es la única organización internacional con competencias en materia de aduanas y puede considerarse con razón la voz de la comunidad aduanera internacional. De lo que se trata con estas organizaciones de alcance mundial es lograr una mayor uniformidad en el sistema normativo que regule el comercio de mercancías con miras a una mayor predictibilidad y seguridad jurídicas para los inversionistas alrededor del mundo.

Al respecto, debemos mencionar que en estos últimos años hemos podido verificar una reducción del arancel y además un disciplinado cumplimiento al principio de reducción paulatina del arancel. Ciertamente, hay ámbitos de excepción, como sería, en el caso peruano, el del sector agrícola o las medidas de defensa comercial, que de alguna forma han mantenido aranceles altos con el objetivo de evitar un mayor daño a la industria nacional, ya sea por un aumento imprevisto de importaciones o por tener un precio inferior a su valor normal o encontrarnos ante la presencia de productos importados subsidiados. En cualquiera de estos casos, en estos años, pudieron haberse mantenido aranceles superiores para ciertos productos sin que dicha política haya sido la regla imperante, sino la excepción y, sobre todo, de carácter temporal.

Sobre el particular, Ricardo Xavier Basaldua señala: «El principio relativo a la disminución progresiva y general de los derechos aduaneros que emana de los artículos II, XXV, párrafo 1 y XXVIII *bis* del GATT de 1994, obliga a los miembros a procurar en base a la reciprocidad y ventas mutuas, reducir el nivel de sus respectivos aranceles aduaneros».<sup>10</sup>

Ciertamente, la reducción progresiva de aranceles instaurada en los noventa no fue solo parte de una política arancelaria de determinado gobierno de turno, sino resultado de la implementación de los Acuerdos de la OMC (GATT) suscritos por nuestro país el año 1995. Respecto de las excepciones

<sup>10</sup> IBÁÑEZ MARSHALL, Santiago; MORENO YEBRA, Felipe (coordinadores) y Germán PARDO CARRERO (director). *Derecho aduanero*. Bogotá: Universidad del Rosario, Tirant Lo Blanch, 2019, tomo I, p. 114.

a la regla como son las medidas de defensa comercial, le compete al Indecopi investigar y determinar tales medidas, las cuales pueden presentarse en el comercio internacional y generar un derecho que compense esta distorsión que afecta al consumidor nacional. Sin embargo, en el Perú no son pocos los detractores de estas medidas, toda vez que cada vez más resulta complejo para dicha entidad estatal el análisis del mercado y de los respectivos precios y su valor normal. Resulta complejo también efectuar un preciso cálculo de los derechos *antidumping* o compensatorios que se puedan aplicar a fin de evitar el daño a la industria nacional. La razón de ello se encontraría en lo cada vez más dinámico que resulta ser el comercio internacional, donde la conformación del precio de los productos está sujeto a factores extramercado de diversa índole, como pueden ser factores políticos y de seguridad. CG-B proponía una mayor participación de la aduana en el establecimiento de dichas medidas excepcionales que busquen proteger a la industria nacional. Sin embargo, creemos que la no intervención de la aduana en la determinación de las medidas de defensa comercial ha sido saludable, especialmente porque al ser la aduana parte de la administración tributaria (Sunat), existe una vocación claramente recaudatoria que podría haber establecido mayor ímpetu en el cobro de dichos derechos, a pesar de tener carácter excepcional y temporal.

### 2.3. *Función de la aduana en los regímenes de tráfico de perfeccionamiento activo*

CG-B señalaba que el país mantiene totalmente concordantes con los principios del GATT los regímenes de admisión temporal y reposición en franquicia que permiten el ingreso al país de insumos, partes y piezas, materia prima, con suspensión del pago de los derechos arancelarios y demás impuestos (admisión temporal), o exoneración del pago de impuestos a similares utilizados para la exportación (reposición en franquicia).

Estos regímenes facilitan la tarea del industrial exportador y abaratan sus costos con el fin de que sean más competitivos en el mercado mundial. Estos regímenes de perfeccionamiento activo parten del principio de perfeccionar o manufacturar, darle valor agregado al producto o insumo importado que ingresa al país proveniente del exterior, y es activo porque se realiza en el país, con mano de obra nacional, a diferencia del servicio de perfeccionamiento pasivo que se realiza en el exterior para que retorne al país luego de, por ejemplo, un servicio de reparación. En estos últimos veinte años, los regímenes de perfeccionamiento activo, entre los que se incluye no solo a la admisión temporal y la reposición de mercancías en franquicia, sino también el *drawback*, han permitido el desarrollo del sector exportador, haciendo uso de insumos importados con menor costo al no pagar aranceles en la importación de tales insumos<sup>11</sup> o devolverlos con la condición de exportar los productos terminados elaborados a partir de estos. Claro está, la progresiva reducción de aranceles hizo cada vez menos atractivo y hasta innecesario el ingreso de insumos bajo estos regímenes; sin embargo, durante muchos años permitieron la reducción de costos arancelarios a los exportadores que utilizaban insumos importados.

La aduana tuvo una misión fundamental, la de promover al exportador peruano, especialmente en el caso de *drawback* con la devolución del 5 % del valor FOB de exportación. Si bien formalmente el rol de promoción a las exportaciones ahora se realiza a través del Ministerio de Comercio Exterior y turismo (Mincetur),<sup>12</sup> fue la aduana la encargada de devolver el *drawback*, denominado en nuestra legislación restitución simplificada de derechos arancelarios, creado de manera temporal para incentivar la exportación, con un monto de devolución de 5 % del valor FOB de exportación, llegando a tasas de hasta 8 %. Hoy esta tasa se ha reducido y se sitúa en 3 % del FOB de exportación.

<sup>11</sup> Salvo en el caso del *drawback*, que para su obtención sí se requiere un insumo importado con aranceles pagados.

<sup>12</sup> El Plan Estratégico Nacional Exportador (PENX) 2025 propone la definición de programas, subprogramas, actividades y proyectos mayormente multisectoriales, donde el Mincetur, en su rol de regulador y promotor, es el responsable principal del logro de los objetivos del PENX 2025.

El excesivo celo y control de los requisitos formales en el *drawback* por parte de las autoridades tributarias en estos últimos años ha llevado a muchos exportadores a dejar de utilizarlo, dada las excesivas multas por un uso indebido. Si la administración aduanera fiscaliza este beneficio a tal grado de no incentivar al exportador, sino sancionarlo por formalidades, la solución más transparente sería desimplementar el *drawback* y exportar nuestros productos sin subsidios encubiertos. De lo que se trata es que se reconozca que este régimen de perfeccionamiento activo, que incentiva la producción y mano de obra local, ha ayudado a la mejora y el desarrollo de nuestro país, por lo que el sistema devolutivo si bien acarrea una serie de requisitos por parte de los exportadores, estos deben de ser orientados de manera adecuada para un correcto acogimiento y que les permita acciones correctivas antes que la sola sanción.

#### 2.4. *Los derechos antidumping y los derechos compensatorios*

La política de apertura iniciada en los noventa eliminó la protección a la industria nacional, y como señaló CG-B, también generó que la industria nacional se tuviera que enfrentar a la industria que viene del exterior. Hoy no es poco frecuente encontrar en el mercado nacional productos importados a precios bajos por la presencia de subsidios o *dumping* en el país de origen. La aduana, ante esta situación de competencia desleal, se encuentra limitada dado que no participa en la determinación de la aplicación de derechos *antidumping* o compensatorios, pues su función se reduce a aplicar aquellos derechos fijados por el Indecopi.

Sobre el particular, Carlos Castro<sup>13</sup> señala que el éxito de imponer reglas al comercio internacional radica en contar con flexibilidades que ayuden a asumir dichos compromisos. Agrega que la necesidad de un correcto equilibrio entre compromisos y flexibilidades es fundamental; en caso contrario, las flexibilidades terminan convirtiéndose en la regla. Tal como señala la Secretaría de la OMC, estas flexibilidades son denominadas cláusulas de escape, medidas de contingencia, medidas correctivas comerciales o válvulas de seguridad.

A lo largo de estos años ha sido una práctica correcta que no sea la aduana la entidad que determine los derechos *antidumping* y ello se explica porque la aduana siempre hubiera determinado a favor de la implementación de estas medidas, pues dicha entidad es parte de la Sunat, a cargo de la recaudación tributaria. Ha sido una buena práctica que sea el Indecopi el que tenga a su cargo la determinación de los derechos *antidumping* y derechos compensatorios, para que sea la aduana la que participe en su recolección al momento del paso de las mercancías por las fronteras.

De otro lado, la dinámica del comercio exterior ha hecho notar que los diversos procedimientos de investigación relacionados con la determinación de las medidas de defensa comercial deban ser revisadas, a punto tal que un precio a valor normal puede ser fugaz y resultado de un sistema productivo eficiente por el uso de nueva tecnología y no necesariamente un acto de competencia desleal. Son cada vez más ingeniosas las modalidades de subsidios que se pueden ocultar a fin de evitar derechos compensatorios en el país de destino, por lo que sería saludable actualizar los mecanismos de verificación de estas prácticas a fin de investigar adecuadamente y evitar distorsiones al comercio por el uso de estas prebendas a determinado sector o sujeto activo en el comercio internacional.

Luego de más de veinte años de incorporación del Perú a la OMC, creemos que han sido positivos los logros alcanzados por la aduana en materia de implementación de los acuerdos especializados de la OMC. No podemos dejar de mencionar que la aduana ha acompañado en esta etapa con una vocación de facilitar el comercio. Además, el nuevo régimen de apertura del comercio exterior instaurado en los noventa se caracteriza por la paulatina pérdida del rol recaudador de la aduana para pasar a ser un rol de incentivo al libre flujo de mercancías. Al respecto, no podemos dejar de mencionar que al ser la aduana peruana parte de la Sunat, la función de recaudación aún se encuentra muy presente

<sup>13</sup> CASTRO, Carlos. «Negociaciones de defensa comercial: la tendencia mundial y el Perú». En NOVAK GUEVARA, Ernesto. *El Perú y el comercio internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010, pp. 187-188.



en las acciones de fiscalización, especialmente en algunos casos como el *drawback* en que los exportadores pierden el beneficio y deben de pagar altas multas por la indebida obtención de este mecanismo, cuando en realidad deben servir como mecanismos de incentivo al sector exportador.

Hemos podido apreciar el desarrollo de reglamentaciones internas de carácter operativo en los países miembros de la OMC aplicable al ingreso y salida de mercancías, lo que ha generado, a su vez, un amplio desarrollo del derecho aduanero, a cargo de regular dichas actividades. Sin embargo, este fenómeno de la «aduanerización» del derecho del comercio internacional no debe hacer perder de vista que dichas reglamentaciones aduaneras deben ser consecuentes y emitirse dentro del marco de las normas de la OMC, las cuales sirven de guía para los países al momento de reglamentar la normativa interna. En ese sentido, resultaría prudente recordar que si lo que se busca es normar los procedimientos aduaneros de ingreso y salida de mercancías en todas sus modalidades y con mayor detalle, este trabajo debe hacerse respetando y sin transgredir ni desnaturalizar las normas de mayor rango y de carácter internacional,<sup>14</sup> como resultan ser no solo las normas de la OMC aprobadas en estos últimos años, sino también los acuerdos comerciales internacionales suscritos por el Perú.

### 3. BIBLIOGRAFÍA

BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. *Memoria 2020*. 2021.

<<https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Memoria/2020/memoria-bcrp-2020.pdf>>.

CASTRO, Carlos. «Negociaciones de defensa comercial: la tendencia mundial y el Perú». En NOVAK GUEVARA, Ernesto. *El Perú y el comercio internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010.

IBÁÑEZ MARSILLA, Santiago; MORENO YEBRA, Felipe (coordinadores) y Germán PARDO CARRERO (director). *Derecho aduanero*. Bogotá: Universidad del Rosario, Tirant Lo Blanch, 2019, tomo I.

ILLESCAS, J. *El Perú y el comercio internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2010.

<<https://www.untumbes.edu.pe/vcs/biblioteca/document/varioslibros/0997.%20El%20Per%C3%BA%20y%20el%20comercio%20internacional.pdf>>.

PARDO CARRERA, Germán. *Tributación aduanera*. Bogotá: Legis Editores, 2009.

PAZ SOLDÁN, Julio y María del Carmen RIVERA. «La reforma comercial y de aduanas». En ABUSADA, Roberto y otros (eds.). *La reforma incompleta: rescatando los noventa*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Instituto Peruano de Economía, 2000.

RIJO, José. *Derecho aduanero de la Unión Europea. Notas del marco normativo doctrinario y jurisprudencial*. Tarragona: Arola, 2019.

---

<sup>14</sup> Como resultan ser el Acuerdo de Facilitación del Comercio, el Acuerdo de Valoración Aduanera de la OMC y los convenios de armonización de regímenes aduaneros (Convenio de Kyoto), principalmente.



## REFLEXIONES EN TORNO A LA VALORACIÓN ADUANERA DE LAS MERCANCÍAS IMPORTADAS

*Julio Guadalupe Báscones\**

**Sumario:** 1. Consideraciones generales.— 2. Preeminencia del precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas.— 3. Complejidad respecto de la interpretación y aplicación de las normas del Acuerdo.— 4. Cambio de criterios interpretativos y criterios interpretativos anticipados.— 5. Facultad de dudar y carga de la prueba.— 6. Discrecionalidad en el actuar de la autoridad aduanera.— 7. Determinación de la infracción aduanera.— 8. Conclusiones.— 9. Bibliografía.

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

El Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, el Acuerdo) regula la metodología a seguir para la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas (base imponible para el cálculo de tributos en la importación de mercancías).

De la revisión de las disposiciones y alcances del Acuerdo podemos advertir que su finalidad está orientada al establecimiento de un sistema de valoración en aduana para las mercancías importadas que, de un lado, resulte equitativo (sustentado en criterios sencillos y acordes con los usos comerciales) y no distorsionante (no se debe incentivar o desincentivar negocios o pactos contractuales); y, de otro, excluya, prohíba y no fomente la utilización de valores ficticios y/o arbitrarios.

Tomando ello como pauta de desarrollo conceptual, el Acuerdo dispone que la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas se sustente, en la medida de lo posible, en el valor real de aquella transacción que originó la exportación de las mercancías objeto de compraventa al país de importación y, sobre ello, proceder al cálculo de los tributos de importación. De este modo, lo que se busca es hacer prevalecer aquella operación comercial (compraventa internacional) que originó la importación de las mercancías objeto de valoración y que, en definitiva, es aquella en la que el comprador (importador) participó.

Sobre estas consideraciones de índole objetivo tenemos que cualquier ajuste (incremento) al precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas por el comprador al vendedor podría solo ser efectuado en la medida que se cumplan las condiciones establecidas de modo expreso y taxativo por el propio Acuerdo.

---

\* Abogado. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Miembro de número de la Academia Internacional de Derecho Aduanero. Fundador y *past president* de la Asociación Peruana de Derecho Aduanero y Comercio Internacional - Apdaci. Presidente del Sector de Logística del Comercio Internacional y vocal del Gremio de Comercio Exterior - Xecom de la Cámara de Comercio de Lima. Colaborador permanente en materias aduaneras y de comercio exterior de la *Revista Análisis Tributario* del Grupo AELLE. Autor del blog *Zona de intercambio* del diario de negocios *Gestión*. Autor de artículos de investigación en importantes revistas jurídicas, así como coautor de diversas obras especializadas publicadas en Perú y en el extranjero. Expositor permanente en eventos nacionales e internacionales en las materias de su especialidad.

## 2. PREEMINENCIA DEL PRECIO REALMENTE PAGADO O POR PAGAR POR LAS MERCANCÍAS IMPORTADAS

A los fines de la determinación de la base imponible de los tributos de importación, el Acuerdo establece una serie de métodos (seis en total)<sup>1</sup> mediante los cuales las mercancías importadas deben ser valoradas. Estos métodos deberán ser aplicados de manera sucesiva y excluyente; esto es que no cabe elegir cuál método aplicar ni tampoco aplicar un método sin haber descartado previamente el anterior.

En cuanto a la aplicación sucesiva y excluyente de los métodos de valoración aduanera, el profesor uruguayo Pablo González Bianchi se refiere a la aplicación «en cascada» de las metodologías de valoración aduanera sobre la base del principio de jerarquía aplicando preminentemente el primer método de valoración (denominado método del «valor de transacción de las mercancías importadas» sustentado en el precio realmente pagado o por pagar por dichas mercancías).<sup>2</sup>

El cuarto párrafo del preámbulo del Acuerdo dispone que, *en la mayor medida posible*, el valor en aduana debe estar sustentado en el valor real de aquella transacción que motiva y sustenta la importación de las mercancías objeto de valoración aduanera obtenido en función al primer método de valoración sustentado, a su vez, en el precio realmente pagado o por pagar por el comprador el vendedor por las mercancías importadas (en adelante, PRPP). Con ello, la base de cálculo de los tributos de importación deberá ser determinada, como habíamos adelantado, en función a las características particulares de la operación comercial que originó la venta de exportación y consecuente importación de las mercancías adquiridas por el comprador (venta subyacente a la importación).

Como se aprecia, con base en el Acuerdo, las autoridades aduaneras estarían obligadas a *agotar las posibilidades* de determinar el valor en aduana sobre la base de las características e información propias y puntuales de la compraventa que sustenta la importación (preeminencia del principio de verdad material con base en el denominado precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas).<sup>3</sup>

Autores como Herrera Idáñez y Goyzueta Sánchez se refieren al principio de «máximo de motivos para rechazar el método del valor de transacción»<sup>4</sup> a fin de graficar el hecho de que el primer método de valoración aduanera no podrá ser rechazado por justificaciones nimias. Por el contrario, deberán existir razones debidamente justificadas, sustentadas claramente en el Acuerdo, para dejar de aplicar el primer método de valoración.

Así, en caso de que el valor en aduana no pueda determinarse con base en el método del valor de transacción de las mercancías importadas, y solo en dicho caso, resultarían de aplicación los otros métodos de valoración establecidos por el Acuerdo de manera sucesiva y excluyente como ya mencionó. Al respecto, es de anotar que habrá también que agotar posibilidades de aplicar cada método y si ello no fuera posible, recién buscar la aplicación del método siguiente.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Estos métodos son: i) primer método: valor de transacción de las mercancías importadas (artículo 1 del Acuerdo); ii) segundo método: valor de transacción de mercancías idénticas (artículo 2 del Acuerdo); iii) tercer método: valor de transacción de mercancías similares (artículo 3 del Acuerdo); iv) cuarto método: valor deducido (artículo 5 del Acuerdo); v) quinto método: valor reconstruido (artículo 6 del Acuerdo); y vi) sexto método: último recurso (artículo 7 del Acuerdo).

<sup>2</sup> GONZÁLES BIANCHI, Pablo. *La valoración de las mercancías en el Sistema GATT/OMC*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2003, p. 93.

<sup>3</sup> Conforme dispone el artículo 1 del Acuerdo: «El valor en aduana de las mercancías importadas será el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando estas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 [...]».

<sup>4</sup> IDÁÑEZ HERRERA, Rafael y JAVIER GOYZUETA SÁNCHEZ. *Valor en aduana de las mercancías según el Código del GATT*. Madrid: ESIC, 1985, p. 85 y ss.

<sup>5</sup> A manera de referencia, es de indicar que el artículo 4 del Acuerdo está relacionado con la posibilidad que tiene el importador, tras el descarte de los primeros tres métodos, de solicitar a la Aduana, por excepción, invertir el orden de aplicación de los métodos cuarto y quinto, ello dada la complejidad que podrían suponer estas metodologías. El método del último recurso permite aplicar, como última instancia, los métodos anteriores atendiendo a una flexibilidad razonable que permita determinar el valor en aduana de la manera más objetiva posible.

### 3. COMPLEJIDAD RESPECTO DE LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS DEL ACUERDO

Debe tenerse presente que la valoración aduanera constituye en sí misma una materia especializada y compleja que sigue su propia lógica y que cuenta con reglas propias que no necesariamente se encuentran en línea con la normativa tributaria general ni con la interpretación que se pueda tener de esta última.<sup>6</sup>

En relación con el PRPP y su determinación, el profesor mexicano Andrés Rohde señala que «este precio real o efectivamente pagado parte del precio o valor de transacción, contractual o de factura, pero está sujeto a una serie de condiciones y ajustes que bien pronto lo llevan a un precio también “valor hipotético de competencia”, por cuanto que termina siendo un precio o valor reconstruido con variables introducidas no por el vendedor o por el comprador, sino por la legislación».<sup>7</sup>

Lo antes señalado nos lleva a reflexionar sobre el hecho de que, normalmente, las diferentes aristas propias de la materia, requisitos y condiciones de aplicación, conceptualización especial sobre la noción de «precio», supuestos particulares en que dicho precio puede ser incrementado y diversas metodologías con características y lógica disímiles originan que la valoración aduanera constituya, para muchos, un tópico no muy amigable.

Importantes han sido, y siguen siendo, los esfuerzos del Comité Técnico de Valoración en Aduana (en adelante, el Comité Técnico)<sup>8</sup> por uniformizar criterios respecto de la aplicación del Acuerdo. No obstante, la realidad indica que en muchos casos la determinación del valor en aduana de las mercancías importadas constituye una materia interpretable en donde la Autoridad Aduanera y el sector importador discrepan y no se logran poner de acuerdo. Ello ha originado el inicio de procedimientos de cobranza de mayores tributos de importación e imposición de cuantiosas multas (ascendentes al 200 % de dichos tributos) más intereses moratorios, derivados de supuestas determinaciones incorrectas del valor aduanero que tardan muchos años en ser resueltos considerando incluso la participación de los tribunales judiciales.

A esto hay que sumar aquellos criterios interpretativos o precedentes jurisprudenciales que, con los años, han venido siendo emitidos (no siempre mostrando orientaciones uniformes) tanto por la propia autoridad aduanera (a través de su oficina de asesoría jurídica, por ejemplo), por la Sala de Aduanas del Tribunal Fiscal (segunda y última instancia administrativa), así como por las distintas instancias del Poder Judicial. A ello se añade, en el caso de los países andinos, las sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (CAN) en torno a la interpretación de la normativa andina en materia de valoración aduanera.

En línea con lo antes mencionado, Santiago Ibañez señala que la valoración aduanera constituye «una materia compleja y escasamente tratada a pesar de que, como veremos, estamos ante una cuestión respecto de la cual se suscitan un buen número de dudas en la práctica cuya resolución, de otro lado, nos lleva en último término a plantear interrogantes de gran calado [...]».<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Por ejemplo, conforme al literal d) del numeral 4 del artículo 15 del Acuerdo, existirá vinculación entre el vendedor y el comprador (circunstancia que podría determinar la no aplicación del método del valor de transacción) cuando una de estas partes tiene, directa o indirectamente, el control o la posesión del 5 % o más de las acciones o títulos en circulación y con derecho a voto de ambas. No obstante, advertimos que, por ejemplo, la normativa peruana en materia de Impuesto a la Renta estipula que para que dos partes sean consideradas como vinculadas, el porcentaje de accionariado requerido deberá ser no menor del 30 %, de lo que se desprende que respecto de una misma operación de compraventa internacional de mercancías, las partes podrían ser consideradas como vinculadas para efectos aduaneros, pero no para efectos tributarios.

<sup>7</sup> ROHDE PONCE, Andrés. *Derecho aduanero mexicano*. México D. F.: Cargraphics Red de Impresión Digital, 2002, tomo 2, p. 284.

<sup>8</sup> Comité instaurado, conforme al Acuerdo, bajo los auspicios del Consejo de Cooperación Aduanera y que tiene por funciones, entre otras, examinar los problemas técnicos concretos que surjan en la administración cotidiana de los sistemas de valoración en aduana de los países miembros de la OMC, así como emitir opiniones consultivas acerca de las soluciones pertinentes sobre la base de los hechos expuestos.

<sup>9</sup> IBÁÑEZ MARSILLA, Santiago. *El valor en aduana. Análisis a la luz de su aplicación internacional*. Madrid: Taric, 2010, p. 23.

Lo indicado no resulta un tema menor si tenemos en consideración que, en muchos casos, las objeciones que plantea la autoridad aduanera, a nivel de control posterior, respecto del valor en aduana declarado por los importadores, están relacionadas con operaciones que son llevadas a cabo de la misma manera durante años, situación que, como resultará fácil apreciar, genera una contingencia permanente y difícil, o muy difícil, de prever derivada, normalmente, de la falta de coincidencia en la interpretación respecto de una misma norma.

#### 4. CAMBIO DE CRITERIOS INTERPRETATIVOS Y CRITERIOS INTERPRETATIVOS ANTICIPADOS

En relación con lo antes mencionado, y teniendo en consideración los problemas que podrían derivarse a partir, por ejemplo, del cambio de criterio de la autoridad aduanera respecto de una situación de valoración aduanera en específico, la normativa aduanera suele incorporar normas de cobertura en beneficio del importador con base en las cuales dicho cambio de criterio le eximiría del pago de multas e intereses.<sup>10</sup>

Ello, se entiende, debido a que el cambio de un criterio (contenido en actos de funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones y que, de suyo, se presume jurídicamente válido) que es seguido de buena fe por el importador (al ser orientativo, y en algunos casos hasta obligatorio) no puede constituir elemento de soporte para justificar una cobranza distinta al mayor cobro de tributos que pueda corresponder sin comprender ningún tipo de penalidad por tal motivo.

Precisamente, el quiebre de la confianza por parte de los particulares en el sentido de que una situación jurídica determinada se debería mantener inalterable en el tiempo es lo que justifica que el referido «cambio de criterio» no resulte sancionable.

Al respecto, autores como Gaspar Ariño y Francisco Velasco sostienen que la relación jurídico-administrativa y el equilibrio jurídico que de ella debe desprenderse, entablada entre la Administración Pública y el administrado, se sustenta, primordialmente, en el «principio de confianza»<sup>11</sup> en función del cual se busca dotar de estabilidad a las situaciones jurídicas con base en las cuales los administrados organizan legítimamente sus actividades. Mediante esta estabilidad se busca proteger a los administrados ante los cambios de criterios en el actuar de la Administración Pública.<sup>12</sup>

Como es de apreciar, el error en el que incurra la autoridad aduanera, que quedaría puesto en evidencia con el cambio de un criterio previamente establecido (por ejemplo, en temas relacionados con la valoración aduanera) no puede ni debe ser trasladado en perjuicio del importador.

De otro lado, y pensando en la obtención de criterios fijados por la autoridad aduanera que sean expedidos antes que las operaciones de importación sean llevadas a cabo y que, por tanto, den «orientación anticipada» sobre la interpretación que dicha autoridad tiene respecto de la normativa específica aplicable evitando la imposición de multas, es importante mencionar que, conforme al artículo 3 del Acuerdo Multilateral sobre Facilitación del Comercio de la Organización Mundial de Comercio -

<sup>10</sup> El numeral 2 del artículo 170 del Código Tributario (de aplicación supletoria en materia aduanera) establece que no procederá la aplicación de multas ni intereses cuando «la administración tributaria haya tenido duplicidad de criterio en la aplicación de la norma y solo respecto de los hechos producidos, mientras el criterio anterior estuvo vigente». Al respecto, el Tribunal Fiscal ha indicado en reiteradas oportunidades que el criterio sujeto a cambio no solo podría estar reflejado en actos administrativos formalmente emitidos, sino también en actuaciones de los funcionarios aduaneros que orienten (induzcan a error) a los importadores a conducirse de una manera y no de otra como, por ejemplo, en el caso de acciones de control aduanero concurrente al despacho, conclusiones derivadas de fiscalizaciones o acciones de control posterior, boletines informativos puestos a disposición del público, etc.).

<sup>11</sup> El numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General peruana contempla el principio de predictibilidad o de confianza legítima en función al cual «Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos».

<sup>12</sup> ARINO ORTIZ, Gaspar y FRANCISCO VELASCO CABALLERO. «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador. El caso de la futura ley del sector eléctrico». En MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, José Luis y ANTONIO CALONGE VELÁSQUEZ (coordinadores). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 106.

OMC (en adelante, el Acuerdo de Facilitación del Comercio) podrían ser expedidas «resoluciones anticipadas» en materia de valoración aduanera en atención a un conjunto determinado de hechos que sean expuestos a la autoridad aduanera, las mismas que tendrán validez mientras que dichos hechos se mantengan sin variación.

La posibilidad de expedir este tipo de resoluciones normalmente está contemplada también en los Acuerdos de Libre Comercio firmados por el Perú a nivel global.

En el caso de los países andinos, y respecto del tema específico de los ajustes al PRPP, tenemos que en el artículo 58 de la Resolución Can 1684 se regulan los «ajustes de valor permanentes» concebidos como criterios anticipados expresados por la autoridad aduanera de válida aplicación en futuras operaciones de importación que presentan las siguientes características: a) el ajuste revestirá la forma de un porcentaje aplicado sobre el PRPP; b) el ajuste deberá ser aplicado en forma repetida en cada importación; c) la importación deberá ser realizada por un mismo importador; d) deberán existir de igualdad de circunstancias; e) se deberá notificar al importador el porcentaje del ajuste permanente; f) el ajuste deberá ser reflejado en la declaración de importación; y g) se deberán aplicar controles aduaneros de verificación respecto de la aplicación del ajuste.

Es de indicar que el «ajuste de valor permanente» difiere del mecanismo de «resoluciones anticipadas» en materia de valoración aduanera, pues mientras que en el primer caso se obtiene la fijación de un porcentaje puntual de ajuste al PRPP, en el segundo solo se obtiene un pronunciamiento respecto de los criterios o lineamientos de valoración aduanera aplicables a la operación de importación; es decir, en el mejor de los casos se obtiene de la autoridad aduanera una definición de si, conceptualmente, procede o no efectuar un ajuste.

## 5. FACULTAD DE DUDAR Y CARGA DE LA PRUEBA

Una de las facultades con que cuenta la autoridad aduanera, en línea con lo señalado en el artículo 17 del Acuerdo y con la Decisión 6.1. del Comité Técnico, es la de solicitar al importador explicaciones respecto del valor aduanero declarado cuando, tras revisar la información de la Declaración Aduanera de Mercancías (DAM) de Importación, tiene dudas respecto de su veracidad o exactitud.

Desde hace algunos años, el reconocido jurista Daniel Zolezzi<sup>13</sup> viene cuestionando las motivaciones que sustentan la decisión de la autoridad aduanera para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado, incidiendo en el hecho de que *dichos motivos no deben ser pueriles, sino, por el contrario, realmente atendibles*. Ello en un contexto en el cual bajo los alcances de lo «pueril» podría quedar alojada una duda del funcionario aduanero sustentada, única o principalmente, en una simple comparación entre el valor declarado por el importador y el valor registrado en el sistema de la autoridad aduanera.

Lo antes mencionado cobra mayor importancia si tenemos en consideración que la generación de dudas por «motivos pueriles» necesariamente activará toda una maquinaria procedimental orientada a la acreditación del valor en aduana declarado, con el dispendio de recursos escasos (o muy escasos), tanto para el importador como para la propia autoridad aduanera.

Desde la perspectiva del importador, la «motivación pueril» vulneraría lo dispuesto en el Acuerdo con relación a que el hecho de dudar de la veracidad y exactitud de la información presentada *no debe causar perjuicio a los intereses comerciales legítimos de los comerciantes*, postulado que se encuentra totalmente alineado con lo señalado, a su turno, por el Acuerdo de Facilitación del Comercio respecto a que las normas que gobiernan el comercio exterior deberían orientarse a *mejorar la competitividad y atraer inversiones*.

<sup>13</sup> Comentarios extraídos del artículo de ZOLEZZI, Daniel. «Valor en aduana. Del valor de transacción y de cuando la aduana no lo acepta». En *Análisis Tributario*, abril 2014, n.º 315, vol. XXVII, pp. 21-23.

Adviértase, además, que la generación de dudas sobre el valor declarado implicaría, en automático, el traslado de la carga de la prueba en cabeza del importador, viéndose (o por lo menos «considerándose») la autoridad libre de cualquier actuación a su cargo. Ello en un contexto de plazos preclusorios bastante perjudicial para el importador, en donde la no presentación oportuna de pruebas determinaría su no aceptación sin posibilidad de que se pondere su mérito probatorio. Ello no obstante que el establecimiento de una práctica como la descrita vulneraría no solo el postulado del Acuerdo en torno a que la base de la valoración aduanera de las mercancías debe ser su valor de transacción *en la mayor medida de lo posible* (lo cual, en nuestra opinión, y como ya adelantamos, debería ser considerado como una instrucción a las autoridades aduaneras de agotar las posibilidades para la aplicación de dicho valor de transacción), sino también el principio de verdad material consagrado en el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, con base en el cual se impone a la autoridad administrativa la obligación de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, debiendo adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley, *aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas*.

Además de lo mencionado, es de indicar que la conceptualización de la carga de la prueba en cabeza del importador como eximente de cualquier actividad probatoria que deba realizar la autoridad aduanera tampoco se encontraría necesariamente alineada con la dispuesto por la Opinión Consultiva 19.1 del Comité Técnico, en el que se establece *el derecho de las administraciones nacionales de contar con la plena cooperación de los importadores en las investigaciones sobre la veracidad o la exactitud de toda información, documento o declaración*.

Como se observa, del referido texto no se aprecia que la consecuencia de la «falta de cooperación del importador» sea necesariamente la renuncia, de parte de la autoridad, de realizar actividad probatoria de oficio orientada a verificar la veracidad o exactitud de lo declarado en torno al valor aduanero (verdad material).

El hecho de que en la referida opinión consultiva se indique también que los derechos y obligaciones de los importadores y de las aduanas, respecto de la determinación del valor en aduana, «dependerán de las leyes y reglamentos nacionales» no implica, en nuestra opinión, que dichos derechos y obligaciones puedan alejarse de la finalidad del Acuerdo ni tampoco de las disposiciones que, en materia administrativa general, rigen el ordenamiento nacional vigente.

## 6. DISCRECIONALIDAD EN EL ACTUAR DE LA AUTORIDAD ADUANERA

La problemática descrita evidencia la incongruencia existente entre, de un lado, una de las más importantes y claras finalidades del Acuerdo (elaborar normas en materia de valoración aduanera orientadas hacia *un mayor grado de uniformidad y certidumbre, es decir, de «seguridad jurídica»*) y, de otro, aquellas normas que fomentan un alto nivel de subjetividad dentro de la facultad discrecional con la que actúa el funcionario aduanero, que propician, o muy fácilmente podrían propiciar, la falta de sustento debido (bajo el ámbito de «lo pueril») respecto de los cuestionamientos al valor aduanero y/o las «dudas razonables» que, respecto de él puedan ser generadas.

Ya lo advertía el profesor argentino Juan Patricio Cotter<sup>14</sup> cuando señalaba que «la decisión administrativa entre lo que hay que controlar y no controlar requiere de un marco institucional que uniformice criterios para evitar actuaciones subjetivas dispares», concluyendo luego que «el problema no es la discrecionalidad, sino la discrecionalidad mal entendida».

Como vemos, lo «discrecional» no debe ser sinónimo de «motivación pueril» ni tiene por qué resultar un concepto alejado del sustento motivado<sup>15</sup>. Menos aún debe ser entendido como sinónimo de «accionar subjetivo».

<sup>14</sup> GUADALUPE, Julio. *LIX Seminario en Derecho Aduanero «Temas de valoración aduanera 2017»*. Ficha resumen. 16 de agosto de 2017. Recuperado de <[https://www.mef.gob.pe/defensoria/boletines/LIX\\_dcho\\_aduanero\\_2017.pdf](https://www.mef.gob.pe/defensoria/boletines/LIX_dcho_aduanero_2017.pdf)>.



Respecto de este tema, persiste la preocupación por la utilización, en materia de valoración aduanera, de «indicadores de precios» (valores de mercancías referenciales) registrados en el Sistema de Verificación de Precios - SIVEP que maneja y actualiza la autoridad aduanera, el mismo que no es público y al que solo tienen acceso los funcionarios aduaneros.

La Cámara de Comercio Internacional - CCI (mediante Documento 104-81 de septiembre de 2015)<sup>15</sup> advierte sobre la existencia, principalmente en países en vías de desarrollo, *de prácticas en materia de valoración aduanera que no se encuentran en consonancia con las disposiciones del Acuerdo que consisten en la utilización de bases de datos sustentadas en valores en aduana «referenciales» que no generan predictibilidad ni transparencia*, como pueden ser, precisamente, aquellos sistemas que sin ser de acceso público fijan «indicadores de riesgo» utilizados como parámetro para la generación de «alertas» y posteriores «dudas razonables» de parte de la autoridad aduanera.

Como señala la CCI, estas prácticas, al no generar seguridad jurídica, afectan tanto la fluidez del comercio transfronterizo como la generación de inversiones, provocando *retrasos en el despacho de las mercancías, procedimientos administrativos engorrosos y costes comerciales más elevados*.

En todo caso, y entendiendo la utilidad de las bases de datos de valoración aduanera, estas deberían ser utilizadas bajo criterios alineados con un accionar discrecional responsable orientado a dotar de seguridad jurídica a las operaciones de comercio exterior. Con ello podrían, por ejemplo, publicarse los criterios con base en los cuales el SIVEP es alimentado y actualizado, la información sobre los valores en aduana que son «aceptados» por la autoridad aduanera, así como compartirse estadística en relación con los casos en que las observaciones al valor aduanero derivadas del uso del SIVEP hayan sido finalmente validadas o rechazadas y las razones justificantes de ello.

## 7. DETERMINACIÓN DE LA INFRACCIÓN ADUANERA

De acuerdo con lo señalado en el Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros de Kyoto, una infracción aduanera es «toda violación o intención de violación de la legislación aduanera». En función a ello se podría afirmar que incurrirá en infracción aduanera quien incumpla una obligación prevista en una disposición aduanera en vigencia, debiendo dicha infracción estar expresamente tipificada en la ley con anterioridad a la comisión de los hechos descritos como conducta infractora.<sup>16</sup>

De otro lado, y en lo relativo con el marco infraccional y sancionatorio, en el Acuerdo de Facilitación del Comercio se hace referencia a, y además se pone énfasis en, aspectos relacionados tanto con el procedimiento sancionador (artículo 6) como con el derecho a recurrir (artículo 4) y, en particular, en la prohibición de aplicar sanciones severas por infracciones leves sobre la base de una necesaria proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción impuesta, lo cual presupone el debido análisis de hechos y circunstancias caso por caso.

Lo antes mencionado resulta muy importante, pues proporciona al administrado un marco fundamental de protección a fin de que sus derechos no sean conculcados, marco en el cual la aplicación

<sup>15</sup> COMISIÓN DE LA CCI EN ADUANAS Y FACILITACIÓN DEL COMERCIO. *El uso indebido de las bases de datos de valoración aduanera*. Recuperado de <[https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Policy-Statement-on-the-Misuse-of-Customs-Valuation-Databases\\_ES.pdf](https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Policy-Statement-on-the-Misuse-of-Customs-Valuation-Databases_ES.pdf)>.

<sup>16</sup> Esta protección está amparada en diversos principios previstos en la legislación peruana en instrumentos como la Constitución y la Ley Procedimiento Administrativo General con la finalidad de proteger al administrado de excesos que podrían exponerlo a situaciones de injusticia e indefensión. Tales principios son el de principio de legalidad y el de tipicidad. El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en una norma con rango de ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada por una norma con el mismo rango (Expediente del Tribunal Constitucional peruano n.º 2050-2002-AA, del 16 de abril de 2003). El principio de tipicidad «es concreción del principio de legalidad, y actúa como límite al legislador o autoridad administrativa, para que al proscribir una conducta y estipular la respectiva sanción, esta sea tan precisa que cualquier individuo pueda aprehenderla y adecuar su comportamiento» (Expediente del Tribunal Constitucional peruano n.º 2192-2004-AA/TC, del 11 de octubre de 2004).

de elementales principios sancionatorios requerirá de la necesaria materialización de dicha protección o escudo de legalidad.

No obstante, tenemos que en materia aduanera (en general, lo cual también comprende a la valoración aduanera) se maneja un *sistema objetivo* de atribución de responsabilidad administrativa. Ello se desprende del texto del artículo 190 de la Ley General de Aduanas en el que se indica que «la infracción es determinada en forma objetiva». Si consideramos que, conforme a lo indicado en el artículo 198 de la Ley General de Aduanas, constituye infracción el «declarar en forma incorrecta el valor o proporcionar información incompleta o que no guarde conformidad con los documentos presentados para el despacho, respecto al valor», tendremos en cuenta que dicha infracción deberá ser determinada objetivamente.

De acuerdo con este sistema (objetivo), la responsabilidad es atribuida al administrado únicamente por haber cometido el hecho previsto como infracción en la norma sin considerar las circunstancias en que la misma fue cometida (aspecto subjetivo). En palabras del autor colombiano Juan Manuel Camargo, con base en este sistema la responsabilidad «se atribuye a un sujeto por el solo hecho de cometer un acto que esté tipificado como infracción, sin importar su estado o circunstancia personales», resaltando, además, la importancia del principio de tipicidad al indicar que «si el único factor del que depende la sanción es que se ejecute o no un acto, una tipificación exacta [en una ley o norma con dicho rango] es el único medio que permite aseverar sin lugar a dudas que el acto ha sido o no consumado».<sup>17</sup>

Como se aprecia, con base en los sistemas sancionatorios sustentados en criterios objetivos de atribución de responsabilidad se establece como factor determinante para la configuración de la infracción solo el análisis de los hechos (materialización de un acto reprochable) y no el de la conducta (motivación que habría inducido a cometer el acto). Bajo este esquema no interesa si el sujeto actuó con o sin intención, resultando lo más preocupante el hecho de que una vez verificada la ocurrencia de un determinado acto considerado como infracción, la culpabilidad del sujeto simplemente se asume, circunstancia que, como es evidente, vulnera gravemente el derecho a la defensa y a la presunción de inocencia.

Al respecto, y atendiendo a la importancia y alcances del principio de culpabilidad en materia sancionatoria administrativa, el Tribunal Constitucional ha indicado que «sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los (principios generales) que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa: [...] principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva» (precisión nuestra) (SSTC Exps. n.ºs 2050-2002-AA/TC, 2192-2004-AA/TC y 01873-2009-PA/TC).

En esta misma línea, Alejandro Nieto señala que «en el ámbito del derecho administrativo sancionador la culpabilidad también se refiere fundamentalmente al elemento subjetivo del ilícito, es decir, a la intervención del autor, a través de dolo o culpa, incompatible con la llamada responsabilidad objetiva, o sea, la derivada automáticamente del hecho. Este elemento subjetivo es su componente esencial [...]».<sup>18</sup>

A mayor abundamiento, es de indicar que investigar conductas y no únicamente hechos (bajo los cauces de un sistema subjetivo de responsabilidad administrativa) no solo encuentra sustento en importantes consideraciones de origen constitucional vinculadas con la materialización del *ius puniendi* del Estado, sino que, además, constituye una práctica que se encuentra en línea con las estipulaciones del Acuerdo de Facilitación del Comercio, las mismas que, precisamente, propugnan que los procesos de investigación y de imposición de sanciones aduaneras respeten principios tan elementales como los

<sup>17</sup> CAMARGO G., Juan Manuel. «El criterio objetivo de atribución de responsabilidad en el sistema sancionador aduanero». En *IUS360*, 12 de noviembre de 2015. Recuperado de <<https://ius360.com/el-criterio-objetivo-de-atribucion-de-responsabilidad-en-el-sistema-sancionador-aduanero/>>, en el marco de la IV Jornada de Derecho Aduanero.

<sup>18</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2005, cuarta edición, p. 378.

de causalidad, proporcionalidad, imparcialidad, debida motivación, presunción de inocencia y derecho a la defensa.<sup>19</sup>

En el caso peruano, lo más resaltante y, a la vez, preocupante estriba en que, como hemos indicado, este sistema ha sido expresamente proscrito por el Tribunal Constitucional (máximo intérprete de la Constitución), pero que, sin embargo, la normativa aduanera insiste en mantenerlo vigente y en plena aplicación.<sup>20</sup>

## 8. CONCLUSIONES

- El Acuerdo establece las pautas para la determinación de la base imponible para el cálculo de los tributos de importación. Sus disposiciones buscan consolidar un sistema de valoración aduanera objetivo (proscribiendo la utilización de valores ficticios y artificiosos), equitativo y no distorsionante, que tome como principal pauta de referencia la operación puntual y concreta de compraventa internacional subyacente a la importación objeto de análisis.
- La autoridad aduanera debe agotar posibilidades para aplicar (y no para inaplicar) el método del valor de transacción de las mercancías importadas (primer método de valoración aduanera) que se sustenta en el precio realmente pagado o por pagar por dichas mercancías. Los otros métodos de valoración aduanera (métodos sustitutivos del valor declarado por el importador) deberán ser aplicados de manera sucesiva y excluyente solo en caso de que el primer método no pueda ser aplicado.
- La valoración aduanera constituye una materia compleja que en muchas ocasiones genera criterios interpretativos diferentes entre la Autoridad Aduanera y los importadores, situación que podría generar importantes contingencias. Resulta especialmente relevante tener presentes los precedentes que en materia de valoración aduanera han sido expedidos por la autoridad administrativa (autoridad aduanera y el Tribunal Fiscal), el Poder Judicial, así como por el Tribunal de Justicia de la CAN. También resulta importante revisar los instrumentos (opiniones) emitidas por el comité técnico.
- Los cambios de criterio de la autoridad aduanera no deben suponer perjuicio para los importadores que de buena fe han estructurado sus operaciones de comercio exterior con base en un criterio que luego fue cambiado. En materia de valoración aduanera, existe la posibilidad de solicitar a la autoridad aduanera la expedición de criterios interpretativos anticipados a la realización de la importación a fin de aclarar aspectos confusos relacionados con esta materia. Lo resuelto por la autoridad aduanera en estos casos debería mantenerse en la medida que los hechos que suscitaron la consulta no varíen.
- La autoridad aduanera no debe dudar del valor aduanero declarado por los importadores por motivos pueriles. Las dudas sustentadas en motivos razonables no deben suponer el abandono, de parte de la autoridad aduanera, de su obligación de buscar esclarecer la realidad de los hechos (verdad material), utilizando como excusa que solo corresponde al importador la carga de la prueba.

<sup>19</sup> De manera complementaria, y con base en los postulados y principios del Acuerdo de Facilitación del Comercio, se advierte que sus regulaciones se orientan también a: i) que el ejercicio del control aduanero no constituya en sí mismo un obstáculo para la necesaria facilitación del comercio; y ii) que los elevados recursos económicos en que, en muchos casos, incurren los importadores para afrontar los procedimientos de investigación y sancionatorios encuentren un mejor cauce que el ser utilizados en largas y costosas defensas legales. Estos recursos podrían ser utilizados, por ejemplo, en solventar actividades productivas, de financiamiento y comercialización, propias del giro del negocio empresarial.

<sup>20</sup> Es de precisar que si bien el artículo 194 de la Ley General de Aduanas establece que al aplicar las sanciones «se debe tener en cuenta los hechos y las circunstancias que se hubiesen presentado respecto a la comisión de la infracción y la reincidencia, de tal manera que la sanción a imponerse sea proporcional a la gravedad de la infracción cometida» (lo cual implica un análisis subjetivo), dicha disposición solo resulta aplicable en lo relativo a la aplicación de la sanción aduanera, mas no en lo atinente a la determinación de la infracción aduanera, es decir, aquel que comente un hecho tipificado como infracción (sin importar las circunstancias) será considerado infractor sin perjuicio que la multa aplicable pueda ser reducida atendiendo a las circunstancias del caso en concreto.

- El actuar discrecional por parte de la autoridad aduanera no puede ser sinónimo de motivación superficial ni de accionar subjetivo. En cualquier caso, dicho accionar tiene que sustentarse en parámetros objetivos y las decisiones a las que arribe la autoridad aduanera deben estar debidamente motivadas. El Sistema de Verificación de Precios (SIVEP) utilizado por la autoridad aduanera para dudar del valor aduanero declarado por los importadores podría fácilmente devenir en una herramienta que atente contra la predictibilidad que deben tener las operaciones de comercio exterior en la medida que sea utilizado de manera poco criteriosa y se sustente en un accionar poco transparente.
- La infracción aduanera es determinada de manera objetiva, es decir, atendiendo solo a la conducta exteriorizada y sin tomar en consideración las motivaciones que generaron dicha conducta (aspecto subjetivo), circunstancia que atenta contra importantes principios del derecho administrativo sancionador. Siendo ello así, resultará fundamental que la infracción aduanera se encuentre clara e indubitadamente tipificada a fin de que el administrado pueda ejercer debidamente su derecho a la defensa.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar y Francisco VELASCO CABALLERO. «La responsabilidad patrimonial del Estado legislador. El caso de la futura ley del sector eléctrico». En MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis y Antonio CALONGE VELÁSQUEZ (coordinadores). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

CAMARGO G., Juan Manuel. «El criterio objetivo de atribución de responsabilidad en el sistema sancionador aduanero». En *IUS360*, 12 de noviembre de 2015. Recuperado de <<https://ius360.com/el-criterio-objetivo-de-atribucion-de-responsabilidad-en-el-sistema-sancionador-aduanero/>>.

COMISIÓN DE LA CCI EN ADUANAS Y FACILITACIÓN DEL COMERCIO. *El uso indebido de las bases de datos de valoración aduanera*. Recuperado de <[https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Policy-Statement-on-the-Misuse-of-Customs-Valuation-Databases\\_ES.pdf](https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/ICC-Policy-Statement-on-the-Misuse-of-Customs-Valuation-Databases_ES.pdf)>.

GONZALES BIANCHI, Pablo. *El valor en aduana. La valoración de las mercancías en el Sistema GATT/OMC*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2003.

GUADALUPE, Julio. *LIX Seminario en Derecho Aduanero «Temas de valoración aduanera 2017»*. Ficha resumen. 16 de agosto de 2017. Recuperado de <[https://www.mef.gob.pe/defensoria/boletines/LIX\\_dcho\\_aduanero\\_2017.pdf](https://www.mef.gob.pe/defensoria/boletines/LIX_dcho_aduanero_2017.pdf)>.

IBAÑEZ MARSILLA, Santiago. *El valor en aduana. Análisis a la luz de su aplicación internacional*. Madrid: Taric, 2010.

IDAÑEZ HERRERA, Rafael y Javier GOYZUETA SÁNCHEZ. *Valor en aduana de las mercancías según el Código del GATT*. Madrid: ESIC, 1985.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2005, cuarta edición.

ROHDE PONCE, Andrés. *Derecho aduanero mexicano*. México D. F.: Cargraphics Red de Impresión Digital, 2002, tomo 2.

ZOLEZZI, Daniel. «Valor en aduana. Del valor de transacción y de cuando la aduana no lo acepta». En *Análisis Tributario*, abril 2014, n.º 315, vol. XXVII.

# NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MERCANCÍAS RESTRINGIDAS Y PROHIBIDAS EN LA NORMATIVIDAD PERUANA

*Marco Antonio Huamán Sialer\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Base legal.— 3. Mercancías.— 4. Clasificación de mercancías.— 5. Mercancías restringidas.— 5.1. Definición.— 5.2. Fundamentos de su restricción.— 5.3. Entidades responsables de la restricción.— 5.4. Control aduanero.— 5.5. Procedimiento aduanero.— 5.6. Casuística.— 5.6.1. Resolución del Tribunal Fiscal n.º 05434-A-2020.— 5.6.2. Resolución del Tribunal Fiscal n.º 10108-A-2019.— 6. Mercancías prohibidas.— 6.1. Definición.— 6.2. Fundamentos de la prohibición.— 6.3. Entidades responsables de la prohibición.— 6.4. Control aduanero.— 6.5. Procedimiento aduanero.— 6.6. Casuística.— 6.6.1. Resolución del Tribunal Fiscal n.º 12035-A-2019.— 6.6.2. Resolución del Tribunal Fiscal n.º 11107-A-2019.— 7. Comentarios finales.— 8. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como principal objetivo analizar la naturaleza jurídica de las mercancías que se comercializan a nivel internacional, toda vez que en el mundo se comercializan mercancías, las cuales, en principio, deben de ser de libre circulación, es decir que no deben tener ningún tipo de restricción o prohibición para ingresar o salir del país. Para ello analizaremos la normatividad jurídica que rige en el Perú, partiendo por definir qué es una mercancía y su clasificación, para llegar a la conclusión que en el comercio exterior existen mercancías de libre circulación que no requieren de ningún tipo de permiso para ingresar o salir del país, y mercancías restringidas que sí requieren de algún permiso y/o autorización para su ingreso o salida del país, además de mercancías prohibidas de ingresar o salir del país por ser contrarias a la salud, al orden público, a la soberanía nacional, etc. Asimismo, se hará mención a las entidades competentes más importantes que son las encargadas de determinar si una mercancía es de libre circulación o no, pues estas se encuentran facultadas por leyes específicas, al ser entidades que cuentan con personal técnico especializado en cada tipo de mercancía, para lo cual se debe contar con la información y/o ficha técnica del producto, para verificar su composición y uso, y de esta manera se logre determinar su restricción y/o prohibición de ingreso o salida del país. También, se abordará el proceso de despacho aduanero de las mercancías restringidas y prohibidas, pues la administración aduanera, como parte de su control aduanero, se encuentra facultada para hacer cumplir las leyes específicas, en coordinación con las entidades competentes, es decir que la administración aduanera debe dar estricto cumplimiento a lo que las entidades competentes dispongan a través de sus normas específicas y/o sus pronunciamientos en casos de consultas, debiéndose dejar claramente establecido que la restricción y/o prohibición de una mercancía para su ingreso o salida al país no la determina la administración aduanera, sino la entidad competente, debiéndose cumplir estrictamente lo que dispone ella. Finalmente, a fin de comprender mejor la teoría se analizarán algunos casos prácticos, tomados de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Fiscal, en

\* Posdoctor con mención en Producción Científica. PhD con mención en Estudios Legales Internacionales por la Atlantic International University, Estados Unidos de Norteamérica. Doctor en Derecho. Doctor en Educación por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Máster en Aduanas. Especialista en Aduanas por la Escuela Nacional de Aduanas hoy Instituto Aduanero y Tributario (IAT). Posgrado en Tributos Internos por la Universidad de Lima. Profesor de posgrado en la UNMSM, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, Universidad Federico Villarreal, Universidad Nacional de Ingeniería y Universidad Alas Peruanas. Actual vocal presidente la Sala de Aduanas del Tribunal Fiscal. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Aduanero y Comercio Internacional (Apdaci). Miembro de la Academia Internacional de Derecho Aduanero. Socio del Instituto Peruano de Derecho Tributario. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Tributario.

donde se podrá apreciar la problemática que existe actualmente sobre las mercancías restringidas y/o prohibidas.

## 2. BASE LEGAL

El artículo 63 de la Constitución Política del Perú señala en su parte pertinente que el comercio exterior es libre; sin embargo, mediante el Decreto Legislativo n.º 668, del 14 de septiembre de 1991, es que se estableció, antes de la dación de la Constitución, la libertad de comercio exterior. Así, en su artículo 12 establece que el Estado garantiza el derecho de toda persona natural o jurídica a realizar operaciones de comercio exterior sin prohibiciones ni restricciones paraarancelarias de ningún tipo, quedando, por lo tanto, sin efecto las licencias, dictámenes, visaciones previas y consulares, registros de importación, registros de cualquier naturaleza y condicionamientos previos de cualquier naturaleza que afecten la importación o exportación de bienes.

Debo mencionar que ante esta libertad existen excepciones como las disposiciones pertinentes de productos de exportación prohibida; los derechos y obligaciones emanados de los convenios internacionales suscritos por el país; la Ley n.º 24047 - Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación; y las medidas de emergencia que se requieren para asegurar la salud de la población y para asegurar la seguridad externa y el orden interno. Las excepcionales mencionadas medidas de emergencia y de carácter temporal deberán adoptarse por decreto supremo con el voto aprobatorio del consejo de ministros y refrendado por el ministro de Economía y Finanzas.

La Ley General de Aduanas, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, y sus modificatorias, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 010-2009-EF, y sus modificatorias, siendo esta la base principal. Luego se tiene los procedimientos específicos, como es el Procedimiento Específico: control de mercancías restringidas y prohibidas - DESPA-PE.00.06 (Versión 3), aprobado por Resolución de Intendencia Nacional n.º 24-2016-SUNAT/5F0000. Como parte de las normas aduaneras también está la Ley de los Delitos Aduaneros, Ley n.º 28008, publicada el 19 de junio de 2003, y modificatorias, así como el Reglamento de la Ley de los Delitos Aduaneros, aprobado por Decreto Supremo n.º 121-2003-EF, publicado el 27 de agosto de 2003, y modificatorias. Como normas complementarias también resultan aplicables el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS y el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo n.º 133-2013-EF, y modificatorias.

En cuanto a las normas de carácter especial, se tiene la Ley de Fortalecimiento de la Ventanilla Única de Comercio Exterior, Ley n.º 30860, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 008-2020-MINCETUR.

El numeral 14.4 del artículo 14 de la Ley n.º 30860 dispone que concluidas las actividades para hacer la relación de mercancías, señalada en el numeral 14.3, debe ser remitida al Mincetur, entidad que debe elaborar la Lista Única de Mercancías Restringidas y Prohibidas para publicarla en el portal de la VUCE en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles siguientes contados desde la fecha de remisión. La actualización de la lista única citada se realiza de forma permanente en coordinación con las entidades competentes que integran la VUCE, con excepción de las medidas sanitarias y fitosanitarias de emergencia o temporales.

De esta manera, la Ventanilla Única de Comercio Exterior - VUCE, al ser un sistema integrado que permite, a través de medios electrónicos, a las partes involucradas en el comercio exterior y el transporte internacional, intercambiar la información requerida o relevante para el ingreso, la salida o el tránsito de las mercancías y de los medios de transporte desde o hacia el territorio nacional, así como posibilita a los usuarios gestionar la documentación e información respecto a los procedimientos y servicios relacionados al comercio exterior que son tramitados por el sistema, a través del siguiente *link* <<https://www.vuce.gob.pe/Paginas/Lista-de-mercancias-restringidas.aspx>>, a dispuesto la Lista de mercancías restringidas.

Asimismo, en la página web de la VUCE <<https://www.vuce.gob.pe>>, se puede realizar la consulta de las normas específicas que regulan cada entidad competente.

### 3. MERCANCÍAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley General de Aduanas, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, se define la mercancía como aquel bien susceptible de ser clasificado en la nomenclatura arancelaria y que puede ser objeto de regímenes aduaneros. Definición que también es recogida en el numeral 31 del artículo III del Reglamento de la Ley n.º 30860, aprobado por Decreto Supremo n.º 008-2020-Mincetur.

De acuerdo a lo señalado por Martínez (2019):

Etimológicamente hablando la palabra mercancía deriva del término italiano *mercanzia*, el cual a su vez se forma en italiano con un sufijo de cualidad a partir del vocablo *mercante* ('comerciante'). La palabra latina de donde proviene *mercante* es el término *mercans*, *mercantis* ('que comercia o se dedica al comercio'), participio del verbo *mercari* (comerciar, comprar, adquirir), verbo que se forma a partir de la raíz *merx*, *mercis* ('negocio o asunto comercial'), derivando de la misma raíz muchas otras palabras latinas que aún se conservan en el idioma castellano, como por ejemplo mercado, mercadería, merced, mercenario, comercio, etc.

Como se puede apreciar, el término mercancía se encuentra vinculado al comercio, es decir, al intercambio de bienes entre países, de esta manera el lenguaje adecuado para hacer referencia, en el comercio exterior, a un bien tangible, cosas corporales de naturaleza mueble de todo tipo, a un producto, a un objeto, es el término mercancía, la cual se comercializa entre los países, a través de los regímenes aduaneros de importación (ingreso de mercancías al país) o exportación (salida de mercancías del país).

### 4. CLASIFICACIÓN DE MERCANCÍAS

Según lo señalado en la tesis (Guevara Culquicondor, 2021), podemos inferir que cuando hablamos de tipos de mercancías que se encuentran dentro y fuera del territorio aduanero tenemos las mercancías extranjeras, aquellas que no se ha realizado la nacionalización y que están pendientes de pagos, las mercancías nacionalizadas, aquellas en donde ya se pagaron impuestos y han cumplido con los requisitos legales y documentarios para su ingreso al país, y las mercancías nacionales, aquellas elaboradas en el territorio nacional de cada país.

Por su parte, dentro de las definiciones previstas en el artículo 2 de la Ley General de Aduanas tenemos que las mercancías se podrían clasificar en mercancía equivalente, aquella idéntica o similar a la que fue importada y que será objeto de reposición, reparación o cambio. Debe entenderse por mercancía idéntica a la que es igual en todos los aspectos a la importada en lo que se refiere a la calidad, marca y prestigio comercial. Debe entenderse por mercancía similar a la que, sin ser igual en todos los aspectos a la importada, presenta características próximas a esta en cuanto a especie y calidad. Mercancía extranjera, aquella que proviene del exterior y no ha sido nacionalizada, así como la producida o manufacturada en el país y que ha sido nacionalizada en el extranjero. Mercancía nacional, la producida o manufacturada en el país con materias primas nacionales o nacionalizadas.

Por otro lado, dentro de la legislación nacional que regula el comercio exterior distinguimos también tres (3) tipos de mercancías: a) las de libre circulación, que para su ingreso o salida al país no requieren contar con una autorización del sector o autoridad competente; b) las restringidas, que para su ingreso o salida del país sí requieren contar con una autorización del sector o autoridad competente; y, c) las prohibidas, que, en principio, no son factibles de ingresar o salir del país. De conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Aduanas y su Reglamento, los operadores de comercio exterior, operadores intervinientes y terceros tienen la obligación de verificar antes de destinar la mercancía a



un régimen aduanero, si esta constituye una mercancía restringida o prohibida, conforme a la legislación pertinente (la que, en principio, no es legislación aduanera) y al régimen aduanero que están solicitando. En ese sentido, la carga de la prueba sobre esta correcta calificación recae en ellos y no en la administración aduanera, como erróneamente algunos operadores vienen interpretando en los últimos años.

## **5. MERCANCÍAS RESTRINGIDAS**

### **5.1. Definición**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 32 del artículo III del Reglamento de la Ley n.º 30860, aprobado por Decreto Supremo n.º 008-2020-Mincetur, se define mercancías restringidas como aquellas que por mandato legal requieren la autorización, mediante documento resolutivo, de una o más entidades competentes para ser sometidas a un determinado régimen aduanero, para su ingreso, tránsito o salida del territorio nacional.

Asimismo, en el Procedimiento Específico: control de mercancías restringidas y prohibidas - DESPA-PE.00.06 (Versión 3) se define mercancía restringida como aquella que requiere para su ingreso, tránsito o salida del territorio nacional, además de la documentación aduanera, contar con el documento de control que la autorice.

### **5.2. Fundamentos de su restricción**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley n.º 30860, las disposiciones que establecen medidas restrictivas al ingreso al país de mercancías no son aplicables cuando a la fecha de la entrada en vigencia de la restricción las mercancías ya hayan sido embarcadas con destino al país o se encuentren en zona primaria aduanera y no hayan sido destinadas a algún régimen aduanero, salvo situaciones de carácter sanitario, fitosanitario o de seguridad nacional o interna. Las disposiciones que establecen restricciones al ingreso, tránsito o salida del país de mercancías deben precisar de manera expresa la descripción de la mercancía a la cual se aplica y la subpartida nacional correspondiente, el tipo de documento autorizante que debe obtener el administrado y el procedimiento administrativo que corresponde realizar para ello, de lo contrario no son exigibles. Se exceptúan de esta disposición aquellas restricciones contenidas en acuerdos internacionales.

Los importadores o exportadores, con la finalidad de asegurar el éxito en el proceso de despacho aduanero, deben tener en cuenta, entre otras condiciones básicas, conocer si la mercancía puede ser comercializada sin ningún tipo de restricción en su uso o práctica comercial. Por tanto, si bien existe libertad de comercio exterior y todas las mercancías, en su mayoría de casos, pueden ser materia de importación o exportación, existe un grupo de mercancías que son de importación prohibida y otro de importación restringida. Respecto de este último grupo tenemos mercancías que para ingresar al país se encuentran sujetas al cumplimiento de las exigencias que las diversas autoridades del Perú establecen. Una vez efectuado el trámite respectivo se da la autorización pertinente. En este contexto, los trámites requeridos por las autoridades de control competentes se pueden realizar por medios electrónicos a través de la Ventanilla Única de Comercio Exterior (VUCE), que es un sistema integrado que permite a las partes involucradas en el comercio exterior y transporte internacional gestionar, a través de medios electrónicos y por un solo punto, los trámites requeridos por las entidades de control competentes para el tránsito, ingreso o salida del territorio nacional de mercancías. Asimismo, también se pueden realizar dichos trámites en los supuestos legales correspondientes, ante la Intendencia Nacional de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados.

Con relación a la VUCE, se debe tener presente lo señalado en mi libro (Huaman Sialer, 2019), en que se precisó lo siguiente:



Debemos expresar que, de acuerdo con lo señalado por el Mincetur [...] se tiene que, como antecedente a la creación de la VUCE, nuestro país planteó dentro del marco de discusión para la elaboración del Plan Estratégico Nacional de Exportación (PENX) 2003-2013, cuatro ejes a tener presentes, como son el desarrollo de la oferta exportable, la facilitación del comercio exterior, el desarrollo de mercados de destino y el desarrollo de una cultura exportadora; por lo que uno de esos ejes implicaba contar con un marco legal que permita la aplicación de mecanismos eficaces de facilitación del comercio exterior, fomentar el desarrollo de la infraestructura y permitir el acceso y la prestación de servicios de distribución física y financieros en mejores condiciones de calidad y precio.

Por otro lado, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley General de Aduanas y su Reglamento, y en las normas sectoriales, dependiendo del tipo de mercancía restringida, el criterio sobre su naturaleza, de si se considera restringida o no, recae en el sector o autoridad competente y no en la administración aduanera, toda vez que el que restringe el ingreso o salida al país de la mercancía es el sector o autoridad competente y, simplemente, la administración aduanera ejecuta dicha disposición, no siendo esta el órgano competente para determinar si una mercancía es restringida o no, pues para ello se requiere del pronunciamiento expreso del sector o autoridad competente (Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil - Sucamec, Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas - Digemid, Dirección General de Salud Ambiental - Digesa, Servicio Nacional de Sanidad Agraria - Senasa, Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre - Serfor, Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC, Ministerio de la Producción - Produce, entre otros).

Otro de los fundamentos que podríamos citar para sustentar las restricciones a determinadas mercancías es que estas se implementan con la finalidad de garantizar el abastecimiento nacional de productos esenciales (exportación), preservar la flora y la fauna (exportación), conservar el patrimonio y el acervo cultural de la nación (exportación), proteger las especies en vías de extinción (exportación), bienes que atenten contra la soberanía nacional (importación), bienes que atenten contra la salud pública, moral pública y el sistema ecológico (importación), entre otras.

También se debe tener presente, el estudio realizado por Baena Rojas (2016):

No obstante, aparte de toda esta situación parece que uno de los problemas de fondo es que todos estos reglamentos técnicos y las normas sobre productos pueden variar de un Estado a otro, lo que tiende, pues, a generar un entorno comercial con una notable cantidad de dificultades, no solo para los productores, sino especialmente [para los] exportadores quienes deben cumplir con todo este entramado de vistos buenos al momento de acceder a un mercado concreto. De hecho, otro aspecto que preocupa es que si tales reglamentos y disposiciones se establecen de manera improcedente y discrecional sobre algunas empresas o solo para ciertos destinos, entonces estos reglamentos pueden terminar por convertirse en un pretexto para implementar mecanismos que van más allá de los objetivos de salud pública o calidad cuando se aplican requerimientos sanitarios, fitosanitarios o técnicos. Situación que, precisamente, el mismo Acuerdo OTC intenta, de cierto modo, corregir a fin de evitar prácticas indebidas asociadas a protección encubierta al comercio, tal cual como en su introducción queda consignado.

### **5.3. Entidades responsables de la restricción**

La primera disposición complementaria final del Reglamento de la Ley n.º 30860 dispone que las siguientes entidades públicas tienen procesos, procedimientos y trámites vinculados al ámbito de aplicación de la VUCE:

- Ministerio de Comercio Exterior y Turismo
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones
- Ministerio de Energía y Minas

- Ministerio de Agricultura y Riego
- Ministerio de Ambiente
- Ministerio de Cultura
- Ministerio de Relaciones Exteriores
- Ministerio de la Producción
- Instituto Nacional de Salud
- Instituto Peruano de Energía Nuclear - IPEN, adscrito al Ministerio de Energía y Minas
- Archivo General de la Nación, adscrito al Ministerio de Cultura
- Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil - Sucamec, adscrita al Ministerio del Interior
- Dirección General de Salud Ambiental - Digesa del Ministerio de Salud
- Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas - Digemid del Ministerio de Salud
- Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre - Serfor, adscrito al Ministerio de Agricultura y Riego
- Servicio Nacional de Sanidad Agraria - Senasa, adscrito al Ministerio de Agricultura y Riego
- Organismo Nacional de Sanidad Pesquera - Sanipes, adscrito al Ministerio de la Producción
- Autoridad Portuaria Nacional - APN, adscrita al Ministerio de Transportes y Comunicaciones
- Direcciones Regionales de Salud de los gobiernos regionales
- Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Perú - Dicapi, del Ministerio de Defensa
- Superintendencia Nacional de Migraciones - Migraciones, adscrita al Ministerio del Interior
- Gobiernos regionales

Por otro lado, existe un grupo de mercancías que tienen la calidad de restringidas, no obstante lo cual su calificación como tales no es realizada por la administración aduanera propiamente dicha, sino por la Intendencia Nacional de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados, dependencia que se encuentra adscrita a la Superintendencia Nacional Adjunta de Tributos Internos de la Sunat.

En este punto es importante señalar que si bien la intendencia antes señalada, las Intendencias de Aduana Operativas y la Intendencia Nacional de Control Aduanero forman parte de la Sunat, conforme al Reglamento de Organización y Funciones de la Sunat ni las Intendencias de Aduana Operativas ni la Intendencia Nacional de Control Aduanero tienen competencia para determinar si una mercancía es un insumo químico o bien fiscalizado debido a que dicha competencia corresponde a la Intendencia Nacional de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados, la cual se rige por sus propias facultades y procedimientos.

#### **5.4. Control aduanero**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley General de Aduanas, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, se define al control aduanero como el conjunto de medidas adoptadas por la administración aduanera con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera, o de cualesquiera otras disposiciones cuya aplicación o ejecución es de competencia o responsabilidad de esta. También se define la Declaración Aduanera de Mercancías - DAM como documento mediante el cual el declarante indica el régimen aduanero que deberá aplicarse a las mercancías y suministra los detalles que la administración aduanera requiere para su aplicación.

Despacho aduanero se define como el cumplimiento del conjunto de formalidades aduaneras necesarias para que las mercancías sean sometidas a un régimen aduanero.

Destinación aduanera se define como la manifestación de voluntad de la declarante expresada mediante la declaración aduanera de mercancías, con la cual se indica el régimen aduanero al que debe ser sometida la mercancía que se encuentra bajo la potestad aduanera.

Formalidades aduaneras se define como todas las acciones que deben ser llevadas a cabo por las personas interesadas y por la administración aduanera a efectos de cumplir con la legislación aduanera.

Se define levante como el acto por el cual la autoridad aduanera autoriza a los interesados a disponer de las mercancías de acuerdo con el régimen aduanero solicitado.

Se define reconocimiento físico como la operación que consiste en verificar lo declarado mediante una o varias de las siguientes actuaciones: reconocer las mercancías, verificar su naturaleza, origen, estado, cantidad, calidad, valor, peso, medida, o clasificación arancelaria.

Se define Revisión documentaria como al examen realizado por la autoridad aduanera de la información contenida en la declaración aduanera de mercancías y en los documentos que la sustentan.

El artículo 163 de la referida Ley General de Aduanas dispone que, para el ejercicio del control aduanero, la administración aduanera emplea, principalmente, las técnicas de gestión de riesgo para focalizar las acciones de control en aquellas actividades o áreas de alto riesgo, respetando la naturaleza confidencial de la información obtenida para tal fin. Para el control durante el despacho, la administración aduanera determina, mediante técnicas de gestión de riesgo, los porcentajes de reconocimiento físico de las mercancías destinadas a los regímenes aduaneros, que en ningún caso debe exceder del 15 % de las declaraciones numeradas. En el caso de mercancías restringidas, la selección a reconocimiento físico se realiza con base en la gestión de riesgo efectuada por la administración aduanera, en coordinación con los sectores competentes.

El último párrafo del artículo 60 del Reglamento de la Ley General de Aduanas, aprobado por Decreto Supremo n.º 010-2009-EF, dispone que los documentos en los regímenes aduaneros son, además de los documentos consignados en el artículo 60, los que se requieran por la naturaleza u origen de la mercancía y de los regímenes aduaneros, conforme a disposiciones específicas sobre la materia. Y, excepcionalmente, cuando las características, cantidad o diversidad de las mercancías lo ameriten, la administración aduanera puede solicitar información adicional, según se establezca mediante procedimiento.

El artículo 194 del referido Reglamento de la Ley General de Aduanas dispone que para la numeración de las declaraciones que amparen mercancías restringidas se deberá contar adicionalmente con la documentación exigida por las normas específicas, salvo en aquellos casos en que la normatividad de la entidad competente disponga que la referida documentación se obtenga luego de numerada la declaración. En el caso de mercancías restringidas para las cuales exista normatividad específica que

exija la inspección física por parte de la entidad competente, esta se realizará en coordinación con la autoridad aduanera.

Por su parte, el artículo 224 del citado Reglamento de la Ley General de Aduanas, para efectos de la aplicación del artículo 163 de la Ley General de Aduanas, señala que se consideran técnicas de gestión de riesgo la aplicación sistemática de prácticas y procedimientos de gestión que proporcionan a la administración aduanera la información necesaria para manejar o tratar las actividades o áreas de alto riesgo que presentan una determinada probabilidad de comisión de fraude aduanero. No están incluidos en el porcentaje de reconocimiento físico a que se refiere el referido artículo 224 aquellas mercancías cuyo reconocimiento físico se disponga por el Reglamento de la Ley General de Aduanas y la autoridad aduanera sobre la base de una acción de control o a solicitud del declarante durante el proceso de despacho. Para el caso de mercancía restringida, dicho porcentaje será determinado considerando los indicadores de riesgo evaluados por la Sunat y los remitidos por el sector competente. Cuando por disposición del sector competente se establezca la obligatoriedad de efectuar la inspección o verificación física de las mercancías restringidas, previo a su levante, y si esta no ha sido seleccionada a reconocimiento físico, dicha inspección será efectuada por el representante del sector, quien podrá requerir la presencia del funcionario aduanero en caso detecte el incumplimiento de la normativa aduanera o del sector competente.

En materia de doctrina, podemos citar a Cosío Jara (2014), quien señala que el control aduanero que efectúa la aduana a las mercancías restringidas no constituiría una función propiamente aduanera; sin embargo, Cosío Jara coincide con Basaldúa en que esta es una función tan importante como la de recaudar tributos, siendo que la regla es que el control de mercancías restringidas (y prohibidas) no es otra cosa que una manifestación más del control aduanero, tan importante que junto los aranceles son funciones tradicionales y primordiales de todas las aduanas del mundo.

Asimismo, Cosío Jara (2014) señala:

Estas restricciones y prohibiciones se encuentran en permanente evolución, pues si bien hasta el siglo pasado eran vistas como medidas para arancelarias destinadas a colocar trabas al comercio internacional y proteger a los productos locales, luego se convierten en mecanismos de defensa de los estados, de acuerdo a sus propias agendas, así los Estados Unidos y los países europeos luego del 11 de septiembre de 2001, las utilizan como parte de sus controles de importación para protegerse de las amenazas del territorio internacional, o del tráfico ilícito de drogas, mientras que los países en desarrollo las exigen para controlar el ingreso de las materias primas e insumos destinados a la producción de drogas, como ocurre en el Perú como los insumos químicos fiscalizados.

De esta manera, podemos concluir que el control aduanero en materia de mercancías restringidas pasa por la verificación en coordinación con las entidades competentes, de los permisos y/o autorizaciones que deben contar las mercancías antes de su destinación aduanera al régimen aduanero que corresponda cuando son consideradas restringidas. Por tanto, los importadores antes de solicitar la destinación aduanera deben tener la plena certeza que la mercancía no es restringida y en caso lo sea, tramitar el permiso y/o autorización respectiva ante la entidad competente, para que de esta manera no se incurra en sanción de multa o se inmovilice la mercancía por la falta de presentación de dicha documentación.

El control aduanero que se ejerce sobre la mercancía restringida es verificar que cuenta con la documentación respectiva que ampare su ingreso o salida al país, emitida por la entidad competente. Se debe precisar que muchas de las restricciones que las mercancías tienen están vinculadas primordialmente a la salud pública, en el sentido de evitar que las mercancías que ingresen o salgan del país no sean dañinas para el consumidor final, por ejemplo. Se importan cremas para el cuidado de la piel, que son fabricadas en China, entonces, si esas cremas son fabricadas con estándares internacionales que procuren realmente cuidar la piel, y no son fabricadas sin ningún tipo de control o permiso, empleándose insumos que pudieran intoxicar la piel o causar un daño, para su importación o exportación se debe contar con la respectiva Notificación Sanitaria Obligatoria emitida por la Dirección

General de Medicamentos Insumos y Drogas (Digemid), el cual es un órgano de línea del Ministerio de Salud, institución técnico normativa que tiene como objetivo fundamental, entre otros, lograr que la población tenga acceso a productos cosméticos, productos de higiene doméstica, productos absorbentes de higiene personal y artículos para bebés seguros, eficaces y de calidad y que estos sean usados racionalmente.

De esta manera, de acuerdo al ejemplo antes señalado, el control aduanero que se ejerce consiste en verificar que los productos cosméticos para el cuidado para la piel cuenten con su respectivo permiso de importación, denominado Notificación Sanitaria Obligatoria emitida por la Digemid; en caso no cuente con dicho permiso, entonces procederá a su inmovilización a fin de que el importador pueda regularizar el permiso y en caso no pueda tramitar el mismo, la mercancía debe ser reembarcada al lugar de origen de donde provino, debiéndose además pagar la sanción de multa por la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del artículo 198 de la Ley General de Aduanas, el cual dispone que son infracciones aduaneras del operador interviniente, según corresponda, cuando destinen mercancía prohibida, restringida sin la documentación exigible o que esta documentación no cumpla con las formalidades previstas para su aceptación, o no se comuniquen la denegatoria de la solicitud de autorización del sector competente, cuando corresponda.

Por otro lado, también es importante traer a colación lo señalado por Rubio Correa (1999), quien con relación a la libertad de comercio exterior señala:

También, el comercio internacional (como la producción de bienes y servicios, a la que ya se había aludido con las libertades del artículo 59) es declarado libre en la parte de la Constitución que comentamos. Esto quiere decir que no se le pondrán barreras ni restricciones ni limitaciones otras que los derechos arancelarios y los procedimientos de aduana que el Estado tiene completa atribución de establecer. Con ello, todo bien legítimo puede ser importado y exportado. Indudablemente, le ayudará el mandato del artículo 64 que establece la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

### 5.5. Procedimiento aduanero

De acuerdo al Procedimiento Específico: control de mercancías restringidas y prohibidas - DESPA-PE.00.06 (Versión 3), para el ingreso, tránsito o salida de las mercancías restringidas del territorio nacional se debe contar con la documentación general establecida en la Ley General de Aduanas y su Reglamento, y con aquella que se requiera conforme a la normativa específica. Las subpartidas nacionales (SPN) y regímenes aduaneros asociados a las mercancías prohibidas y restringidas son las establecidas en la normativa sectorial vigente. La Sunat, de modo referencial, pone a disposición de los usuarios en su portal <www.sunat.gob.pe> la opción de consulta de subpartidas nacionales y regímenes aduaneros asociados a las mercancías prohibidas y restringidas. Las medidas temporales que prohíban o restrinjan el ingreso, tránsito o salida de mercancías del territorio nacional no serán incluidas en los anexos que forman parte del referido Procedimiento - DESPA-PE.00.06.

Para numerar la Declaración Aduanera de Mercancías utilizando el formato de envío de datos del Sistema de Despacho Aduanero (SDA) y cuyo documento de control se obtenga a través de la VUCE, el despachador de aduana transmite: el código 21 que corresponde al documento resolutivo como código de tipo de documento de control. El número del documento resolutivo como número de documento de control. Tal como se indica a continuación:

| INFORMACIÓN DEL DOCUMENTO DE CONTROL   |                                            |                                                  |                                |                             |                                  |
|----------------------------------------|--------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------------|-----------------------------|----------------------------------|
| Código de entidad competente (anexo 1) | Código de sub entidad competente (anexo 1) | Código de tipo de documento de control (anexo 2) | Número de documento de control | Fecha de inicio de vigencia | Fecha de vencimiento de vigencia |
| XX                                     | XXXX                                       | 21                                               | XXXXXXXX                       | dd/mm/aaaa                  | dd/mm/aaaa                       |

Para numerar la Declaración Aduanera de Mercancías utilizando el formato de envío de datos del SDA y el documento de control emitido por la entidad competente, el despachador de aduana transmite:

| INFORMACIÓN DEL DOCUMENTO DE CONTROL   |                                            |                                                  |                                |                             |                                  |
|----------------------------------------|--------------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------------|-----------------------------|----------------------------------|
| Código de entidad competente (anexo 1) | Código de sub entidad competente (anexo 1) | Código de tipo de documento de control (anexo 2) | Número de documento de control | Fecha de inicio de vigencia | Fecha de vencimiento de vigencia |
| XX                                     | XXXX                                       | XX                                               | XXXXXXXX                       | dd/mm/aaaa                  | dd/mm/aaaa                       |

Para numerar la Declaración Aduanera de Mercancías utilizando el formato de envío de datos del Sistema Integrado de Gestión Aduanera (Sigad) y cuyo documento de control se obtenga a través de la VUCE, el despachador de aduana transmite: el código de la entidad competente (dos dígitos según anexo 1); el código 21, que corresponde al documento resolutivo como código de tipo de documento de control; el número del documento resolutivo como número de documento de control; fecha de inicio y vencimiento de vigencia del documento de control, tal como se indica a continuación:

| INFORMACIÓN DEL DOCUMENTO DE CONTROL   |                                                  |                                |                             |                                  |
|----------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------------|-----------------------------|----------------------------------|
| Código de entidad competente (anexo 1) | Código de Tipo de documento de control (anexo 2) | Número de documento de control | Fecha de inicio de vigencia | Fecha de vencimiento de vigencia |
| XX                                     | 21                                               | XXXXXXXX                       | dd/mm/aaaa                  | dd/mm/aaaa                       |

Para numerar la Declaración Aduanera de Mercancías utilizando el formato de envío de datos del Sigad y el documento de control emitido por la entidad competente, el despachador de aduana transmite: el código de la entidad competente (dos dígitos según anexo 1); el código que corresponde al tipo de documento de control (ver anexo 2); el número del documento de control; fecha de inicio y vencimiento de vigencia del documento de control, tal como se indica a continuación:

| INFORMACIÓN DEL DOCUMENTO DE CONTROL   |                                                  |                                |                             |                                  |
|----------------------------------------|--------------------------------------------------|--------------------------------|-----------------------------|----------------------------------|
| Código de entidad competente (anexo 1) | Código de tipo de documento de control (anexo 2) | Número de documento de control | Fecha de inicio de vigencia | Fecha de vencimiento de vigencia |
| XX                                     | XX                                               | XXXXXXXX                       | dd/mm/aaaa                  | dd/mm/aaaa                       |

En los casos de la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), de la Intendencia Nacional de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados (INIQ y BF-SUNAT), del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y del Servicio Nacional de Sanidad Agraria (Senasa) se considera, adicionalmente, las disposiciones específicas señaladas en los anexos correspondientes. Cuando una mercancía no es restringida, pero debe ser declarada en una SPN que le exija la presentación de algún documento de control se debe efectuar lo siguiente: si la transmisión se realiza por el SDA, se registra el código 98 como tipo de documento por cada entidad que corresponda; si la transmisión se realiza por el Sigad, se registra el código 98 en el campo TPROD del archivo DUADOCAS de la serie correspondiente; cuando una mercancía es restringida y debe ser declarada en una SPN que exija la presentación de dos o más documentos de control, se efectúa lo siguiente: si la transmisión se realiza por el SDA, el documento de control o el código 98 se ingresa por cada entidad y subentidad, según corresponda. Si la transmisión se efectúa a través del Sigad, se ingresa la información pertinente en el campo TIPO\_PROCE del archivo DUADOCAS consignando lo siguiente: letra «P» en caso corresponda consignar el documento de control; letra «X» en caso corresponda eximir el documento de control.

Para numerar la Declaración Aduanera de Mercancías con mercancías restringidas en calidad de donaciones se observa lo dispuesto en el Procedimiento Específico «Donaciones Provenientes del Exterior» - DESPA-PE.01.02. En caso de que el documento de control se encuentre en trámite, se transmite el código 98. Los despachadores de aduana y los dueños o consignatarios son responsables del cumplimiento de las normas legales sobre mercancías prohibidas y restringidas, según corresponda.

El literal b) del artículo 97 de la Ley General de Aduanas establece que, por excepción, será reembarcada, dentro del término que fije el Reglamento, la mercancía destinada a un régimen aduanero que, como consecuencia del reconocimiento físico, se constate que su importación se encuentre restringida y no tenga la autorización del sector competente o no cumpla con los requisitos establecidos para su ingreso al país. En ningún caso, la autoridad aduanera podrá disponer el reembarque de la mercancía cuando el usuario obtenga la autorización y/o cumpla con los requisitos antes señalados, incluso si se lleva a cabo durante el proceso de despacho, salvo los casos que establezca el Reglamento.

## **5.6. Casuística**

De acuerdo a la búsqueda de resoluciones del Tribunal Fiscal, según el siguiente *link*: <[https://apps4.mineco.gob.pe/ServiciosTF/nuevo\\_busq\\_rtf.htm](https://apps4.mineco.gob.pe/ServiciosTF/nuevo_busq_rtf.htm)>, se ha encontrado la siguiente casuística.

### **5.6.1. Resolución del Tribunal Fiscal n.º 05434-A-2020**

#### **Sumilla**

Se confirma la apelada que declaró infundado el recurso de reclamación contra la sanción de comiso impuesta por la aduana al amparo del literal b) del artículo 197 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, pues la mercancía despachada es un dispositivo médico y al momento de la presentación de la DAM la recurrente debía contar con el respectivo registro sanitario, por tratarse de mercancía restringida conforme a la Ley n.º 29459; sin embargo, la recurrente en su condición de empresa importadora omitió cumplir tal obligación, por lo que el despacho aduanero se efectuó sin contar con la documentación legal pertinente.

#### **Análisis del criterio jurisprudencial**

El artículo 1 de la Ley n.º 29459 - Ley de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios, publicada el 16 de noviembre de 2009, establece: «La presente Ley define y establece los principios, normas, criterios y exigencias básicas sobre los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios de uso en seres humanos, en concordancia con la Política Nacional de Salud y la Política Nacional de Medicamentos, las cuales deben ser consideradas por el Estado prioridades dentro del conjunto de políticas sociales que permitan un acceso oportuno, equitativo y con calidad a los servicios de salud».

Sobre el ámbito de aplicación de la misma ley, su artículo 2 señala:

Se encuentran comprendidos en el ámbito de la presente Ley los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios de uso humano con finalidad preventiva, diagnóstica, de tratamiento y otros. La regulación se extiende al control de las sustancias activas, excipientes y materiales utilizados en su fabricación.

Regula también la actuación de las personas naturales o jurídicas que intervienen en la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, distribución, comercialización, promoción, publicidad, prescripción, atención farmacéutica, expendio, uso y destino final de los productos antes referidos; así como las responsabilidades y competencias de la Autoridad Nacional de Salud (ANS), los órganos desconcentrados de la Autoridad Nacional de Salud (OD), la Autoridad Na-

cional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (ANM, actualmente Digemid), las autoridades regionales de salud (ARS) y las autoridades de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios de nivel regional (ARM).

De otro lado, el artículo 4 de la misma ley contiene una serie de definiciones, entre las que figura la definición de dispositivo médico en los siguientes términos:

Artículo 4.- «Definiciones

Para efecto de la presente Ley, se establecen las siguientes definiciones:

[...]

3. Dispositivo médico: Cualquier instrumento, aparato, implemento, máquina, reactivo o calibrador in vitro, aplicativo informático, material u otro artículo similar o relacionado, previsto por el fabricante para ser empleado en seres humanos, solo o en combinación, para uno o más de los siguientes propósitos específicos:
  - a) Diagnóstico, prevención, monitoreo, tratamiento o alivio de una enfermedad.
  - b) Diagnóstico, monitoreo, tratamiento, alivio o compensación de una lesión.
  - c) Investigación, reemplazo, modificación o soporte de la anatomía o de un proceso fisiológico.
  - d) Soporte o mantenimiento de la vida.
  - e) Control de la concepción.
  - f) Desinfección de dispositivos médicos».

El artículo 15 de la indicada ley, en concordancia con el artículo 24 del Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios, aprobado por Decreto Supremo n.º 016-2011-SA, publicado el 27 de julio de 2011, establece lo siguiente:

Artículo 24.- «Requisitos para importación

Sin perjuicio de la documentación general requerida para las importaciones de productos, se requiere adicionalmente presentar lo siguiente:

1. Copia de la Resolución que autoriza el registro sanitario del producto o dispositivo, certificado de registro sanitario del producto o dispositivo importado del producto, según corresponda,

[...].».

Por su parte, el literal b) del artículo 197 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053 establece que se aplicará la sanción de comiso de las mercancías cuando carezca de la documentación aduanera pertinente. En materia aduanera, la calificación de infracción es de manera objetiva, tal como lo establece el artículo 189 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, es decir, basta que se identifique el supuesto de hecho examinado con la figura legal descrita como infracción para calificar que el referido hecho efectivamente constituye infracción.

De la verificación de la documentación que obra en los actuados figura que el importador, mediante la serie 2 de la Declaración Aduanera de Mercancías numerada en el 2016, solicitó el despacho a consumo: «Monitor de visualización led, Barco. MDNG-5221 con pie rotatorio y cables de USB y fuente de alimentación. K9602734, unidad. S/N: 2590046874 visualización de imágenes, plástico, vidrio, electrónico». La referida declaración aduanera fue seleccionada a canal de control rojo, por lo que luego que se realizó el reconocimiento físico de la mercancía, el cual no registró incidencia alguna,



la aduana procedió a otorgar su levante el 20 de julio de 2016. Tiempo después, la aduana inició acciones de fiscalización respecto del importador, siendo que en mérito a la información obtenida de la página web de la empresa proveedora de la mercancía importada <www.barco.com>, pudo comprobar que el monitor importado son pantallas médicas del tipo utilizado para mamografías.

Asimismo, mediante la Consulta Técnica n.º 19190-Digemid de 25 de enero de 2016, la Dirección de Autorizaciones Sanitarias de la Dirección General de Medicamentos Insumos y Drogas, señaló que el referido monitor requiere permiso de su sector por corresponder a un dispositivo médico de acuerdo a la definición establecida en el artículo 4 de la Ley n.º 29459.

Al respecto, el importador, durante la etapa de fiscalización buscó negar la posibilidad de que se considere que es un dispositivo médico, principalmente porque el monitor materia de caso no tenía contacto con el paciente, sin embargo, el artículo 4 de la citada ley claramente señala que dispositivo médico es cualquier instrumento, aparato, implemento, máquina, reactivo o calibrador *in vitro*, aplicativo informático, material u otro artículo similar o relacionado previsto por el fabricante para ser empleado en seres humanos, solo o en combinación.

Por tanto, conforme los elementos de juicio señalados, los cuales son tomados en cuenta por la aduana para emitir la resolución sobre sanción de comiso, no cabe duda de que la mercancía solicitada a consumo mediante la serie 2 de la Declaración Aduanera de Mercancías numerada en el 2016 (monitor de visualización led, Barco) se trata de un dispositivo médico por lo que, al momento de la presentación de la declaración aduanera, la recurrente debía contar con el respectivo registro sanitario. Sin embargo, el importador omitió cumplir tal obligación previo a la presentación de la declaración aduanera, por lo que el despacho aduanero se efectuó sin contar con la documentación legal pertinente, hecho que es tipificado en el literal b) del artículo 197 de la Ley General de Aduanas como infracción sancionable con el comiso administrativo de la mercancía objeto de infracción.

### **5.6.2. Resolución del Tribunal Fiscal n.º 10108-A-2019**

#### **Sumilla**

Se confirma la apelada, pues está acreditado objetivamente que el despachador de aduana sometió mercancía de importación restringida sin contar con la documentación exigida por las normas específicas, configurándose el supuesto de infracción previsto en el numeral 10 del inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, dado que si bien el documento autorizante hace referencia no solo al tipo de equipo del caso, sino a marca y modelo, lo que no se aprecia de la mercancía del caso.

#### **Análisis del criterio jurisprudencial**

De acuerdo a los actuados que, mediante la Declaración Aduanera de Mercancías numerada en el 2016, seleccionada a canal rojo, la agencia de aduanas solicitó la nacionalización de GPS Tracker. Como consecuencia del reconocimiento físico efectuado por el especialista de aduanas de actuación, la administración aduanera advirtió que las mercancías declaradas en las series 1, 2, 3 y 5 de la Declaración Aduanera de Mercancías correspondían a mercancías restringidas que no contaban con el documento autorizante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, siendo que al no presentarse el documento de control para su ingreso es que el funcionario aduanero procedió a inmovilizar la referida mercancía.

La agencia de aduana, con posterioridad, solicitó el reembarque de la mercancía inmovilizada vinculada a las series 1, 2, 3 y 5 de la Declaración Aduanera de Mercancías, señalando que no podía contar con el documento de control para los equipos de los cuales solicita reembarque.

La administración aduanera declaró *procedente* la solicitud de reembarque de la mercancía inmovilizada y, por tanto, autorizó su *reembarque* por cuenta y riesgo del importador, asimismo, se dispuso

*rectificar* los datos de la declaración respecto a bultos y pesos consignados anulando las series 1, 2, 3 y 5 de la DAM a fin de permitir la numeración de la Declaración de Reembarque, también se dispuso *levantar* la medida dispuesta mediante el Acta de Inmovilización-Incautación una vez numerada la Declaración de Reembarque de la mercancía; y, finalmente, se dispuso *sancionar* a la agencia de aduana, con multa equivalente a una (01) Unidad Impositiva Tributaria, ascendente a S/ 3950,00; resolución que fue reclamada, en el extremo de la multa impuesta por la infracción del numeral 10 del inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053. Recurso que fue declarado infundado y, por tanto, se interpuso recurso de apelación.

En cuanto a la importación de equipos y aparatos de telecomunicación, el artículo 63 del Decreto Supremo n.º 013-93-TCC que aprobó el Texto Único de la Ley de Telecomunicaciones, modificado por el artículo 1 de la Ley n.º 28737, establece que: «Todo equipo o aparato que haya de conectarse a una red pública para prestar cualquier tipo de servicio o se utilice para realizar emisiones radioeléctricas deberá contar con el correspondiente certificado de homologación, de acuerdo con las condiciones y plazo establecidos en el Reglamento, otorgado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones [...]; asimismo, en su artículo 65 dispone que: «Para la importación, fabricación y venta en el país de cualquier equipo o aparato de telecomunicaciones, a los que se refiere el artículo 63 de la presente Ley, es requisito estar homologado». Por su parte, el artículo 245 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo n.º 020-2007-MTC, modificado por Decreto Supremo n.º 001-2010-MTC, dispone que: «Se otorgarán permisos de internamiento definitivo a las casas comercializadoras que estén inscritas en el registro y a las personas naturales y jurídicas que tengan concesión o autorización para prestar servicios de telecomunicaciones otorgadas por el ministerio. Dichos equipos deben estar homologados; en caso no lo estuvieran, estos no podrán ser utilizados o comercializados hasta que obtengan el certificado de homologación expedido por el órgano competente del Ministerio».

Mediante Resolución Directoral n.º 204-2009-MTC/03 se aprobó la Directiva n.º 001-2009-MTC/27, Normas que Regula el Procedimiento para el Otorgamiento de Permisos de Internamiento de Equipos y/o Aparatos de Telecomunicaciones en el Territorio Nacional, en cuya Sección V establece que: «Los equipos y/o aparatos de telecomunicaciones que puedan ser utilizados para la transmisión y/o recepción de señales empleando el espectro radioeléctrico, así como aquellos empleados para el servicio de telefonía fija alámbrica, requieren para su ingreso al territorio nacional, contar con un permiso de internamiento. Ello, con la finalidad de garantizar que los equipos y/o aparatos de telecomunicaciones a ingresar al territorio nacional, cumplen con la legislación vigente en telecomunicaciones»; agrega en su Sección VI que: «El internamiento de equipos y aparatos de telecomunicaciones al país puede realizarse por tiempo indefinido o de manera temporal. En función a ello, tratándose de los equipos y/o aparatos de telecomunicaciones, a que alude el numeral V de la presente Directiva, se deberá gestionar y obtener según corresponda, el Permiso de Internamiento Definitivo o el Permiso de Internamiento Temporal».

Conforme a las normas citadas, requerirán de permiso de internamiento aquellas mercancías (equipos y/o aparatos de telecomunicaciones): (i) que son utilizadas para la transmisión y/o recepción de señales empleando el espectro radioeléctrico; y (ii) cuando son empleados para el servicio de telefonía fija alámbrica (conexión a la red pública). En dichos casos, el permiso de internamiento deberá ser emitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, al ser este el organismo competente para autorizar su ingreso al territorio nacional.

El inciso f) del artículo 19 de Ley General de Aduanas, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053 señala que como obligación del despachador de aduanas:

Destinar la mercancía restringida con la documentación exigida por las normas específicas para cada mercancía, así como comprobar la expedición del documento definitivo, cuando se hubiere efectuado el trámite con documento provisional, comunicando a la autoridad aduanera su emisión o denegatoria de su expedición en la forma y plazo establecidos por el Reglamento; exceptuándose su presentación inicial en aquellos casos que por normatividad especial la referida documentación se obtenga luego de numerada la declaración.

El numeral 10 del inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas establece que cometen infracciones sancionables con multa los despachadores de aduana cuando: «[...] 10. Destinen mercancías de importación restringida sin contar con la documentación exigida por las normas específicas para cada mercancía o cuando la documentación no cumpla con las formalidades previstas para su aceptación». El artículo 2 de la mencionada Ley define destinación aduanera como: «La manifestación de voluntad del declarante expresada mediante la declaración aduanera de mercancías, con la cual se indica el régimen aduanero al que debe ser sometida la mercancía que se encuentra bajo la potestad aduanera».

El primer párrafo del artículo 130 de la Ley establece que: «La destinación aduanera es solicitada mediante declaración aduanera por los despachadores de aduana o demás personas legalmente autorizadas». Como se aprecia, para que se configure la infracción imputada por la administración aduanera es preciso que exista una manifestación de voluntad por parte del declarante, en este caso el despachador de aduana, de someter mercancía de importación restringida sin contar con la documentación exigida por las normas específicas para cada mercancía a uno de los regímenes aduaneros previsto en la normativa legal aduanera, y que dicha manifestación de voluntad se materialice o exprese a través de la declaración aduanera. El artículo 189 de la Ley General de Aduanas, establece que: «La infracción será determinada de forma objetiva y podrá ser sancionada administrativamente con multas, comiso de mercancías, suspensión, cancelación o inhabilitación para ejercer actividades [...]», es decir, basta que se identifique el supuesto de hecho examinado con la figura legal descrita como infracción para calificar que el referido hecho, efectivamente, constituye infracción.

Se observa en el portal web de la Sunat que la recurrente, para la Declaración Aduanera de Mercancías, consignó en las Series 1, 2, 3 y 5 que las mercancías tienen como nombre comercial «GPS Tracker» y que no contaban con marca ni con modelo. El Oficio n.º 17980-2016-MTC/27, emitido el 19 de mayo de 2016 por la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, otorgó el permiso de internamiento definitivo de mercancías que contaban con marca y modelo; sin embargo, las mercancías inmovilizadas «GPS Tracker» no contaban con marca ni modelo; en este contexto, las mercancías amparadas en las series 1, 2, 3 y 5 de la Declaración Aduanera de Mercancías corresponden a «GPS Tracker» que no cuentan con «Marca» ni «Modelo», siendo que el documento autorizante emitido por la autoridad competente hace referencia a la mercancía «GPS Tracker», pero con «Marca» y «Modelo», por lo que no ampara las mercancías de la citada declaración aduanera. En ese sentido, se verifica de manera objetiva que en el presente caso el supuesto de infracción previsto en el numeral 10 del inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas se ha configurado, por lo que la sanción de multa impuesta por la administración aduanera a la agencia de aduana se encuentra arreglada a ley.

## **6. MERCANCÍAS PROHIBIDAS**

### **6.1. Definición**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 33 del artículo III del Reglamento de la Ley n.º 30860, aprobado por Decreto Supremo n.º 008-2020-Mincetur, se define como mercancías prohibidas aquellas que por mandato legal están prohibidas de ingresar, transitar o salir del territorio nacional.

Asimismo, en el Procedimiento Específico: control de mercancías restringidas y prohibidas - DESPA-PE.00.06 (Versión 3), se define mercancía prohibida aquella que por ley se encuentra impedida de ingresar o salir del territorio nacional.

### **6.2. Fundamentos de la prohibición**

El carácter prohibido de una mercancía se establece a través de normas legales específicas emitidas por el sector competente, las cuales son de obligatorio cumplimiento a partir del día siguiente de su

publicación, conforme lo establece el artículo 109 de la Constitución Política del Perú, y tratándose de la normativa de la Comunidad Andina, a partir de la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial*.

A su vez, es pertinente puntualizar que el carácter prohibido de la mercancía no es calificado por la autoridad aduanera en el momento del despacho, en el momento de la fiscalización ni en su portal institucional, sino que es dispuesto a través de las normas sectoriales de los entes competentes, siendo pertinente mencionar que el carácter obligatorio de esta prohibición lo establecen las normas específicas y no las publicaciones referenciales que realiza la Sunat a través de su portal.

Cabe traer a colación lo señalado por Cotter (2014), respecto a tener presente lo siguiente:

La aduana debe controlar los ingresos y egresos de los territorios aduaneros, con la finalidad de aplicar el régimen de prohibiciones a la importación y exportación de las mercaderías. El régimen de prohibiciones distingue según su finalidad en económicas y no económicas y según su alcance en absolutas o relativas.

Dentro de las llamadas restricciones no económicas podemos señalar que Cotter (2014) establece como razones para considerar mercancías prohibidas de ingresar y salir del país, la afirmación de la soberanía y defensa de las instituciones, política internacional, seguridad pública y defensa nacional, moral pública y buenas costumbres, salud pública, política alimentaria, sanidad animal y vegetal, protección del patrimonio artístico, histórico, arqueológico o científico, conservación de las especies animales o vegetales y la preservación del ambiente.

En concordancia con lo antes señalado podemos también citar a Basaldua (2007), quien con relación a las prohibiciones señala:

Por otra parte, en materia de prohibiciones a la importación o a la exportación ocurre lo mismo. Nótese que tales prohibiciones afectan un derecho fundamental de las personas, el de la libertad de comerciar, y este derecho se halla consagrado y garantizado por lo general en las constituciones políticas de los distintos Estados.

Siendo así, las restricciones directas al comercio internacional solo pueden imponerse mediante ley formal o, en su defecto, debe mediar una delegación legislativa. Una vez establecidas, la aduana se limita a aplicarlas. Naturalmente que, por ejemplo, una prohibición establecida por razones de sanidad animal o vegetal habrá sido propiciada posiblemente desde la Secretaría de Ganadería o de Agricultura y, si se trata de la seguridad pública, puede haber sido propiciada por la Secretaría de Defensa.

Como se puede apreciar, el fundamento de una prohibición, en principio, está dado por la existencia de una norma legal que así lo regule, emitida por la entidad competente, la que con base en las razones expuestas en los párrafos anteriores establecerá dichas restricciones.

### **6.3. Entidades responsables de la prohibición**

De acuerdo a lo dispuesto en el portal de la Sunat <<https://www.gob.pe/6997-mercancias-restringidas-y-prohibidas>>, existe un listado de mercancías de importación y exportación prohibidas.

Con relación al listado de mercancías prohibidas de ingresar al país podemos citar, entre otras, que el Servicio Nacional de Sanidad Agraria del Perú - Senasa, a través de la Resolución Jefatural n.º 059-2004-AG-Senasa, dispuso la prohibición de bovinos domésticos, búfalos reproductores de raza pura, los demás animales de la especie bovina, reproductores de raza pura de la especie ovina, los demás animales vivos, de la especie ovina, reproductores de raza pura de la especie caprina, los demás animales vivos, de la especie caprina.

Mediante Resolución Directoral n.º 0045-2019-MINAGRISENASA-DSA se prohibió el ingreso de solo aves vivas capaces de transmitir o servir de vehículo de influenza aviar, solo los que

contengan como principio activo colistina (polimixina E) y sus sales, solo cérvidos y felinos domésticos y silvestres vivos.

Mediante la Ley n.º 27932 y el Decreto Supremo n.º 003-2005-SA se dispuso la prohibición de la importación de harinas con bromato de potasio.

Mediante la Ley n.º 29632 y el Decreto Supremo n.º 005-2013-PRODUCE se dispuso la prohibición de la importación de alcohol etílico industrial o de segunda, sin desnaturalizar. Asimismo, mediante la Ley n.º 26426 se prohibió la importación de los licores con denominación pisco.

Mediante el artículo 62 de la Ley General de Aduanas se dispuso que la exportación definitiva no procederá para las mercancías que sean patrimonio cultural y/o histórico de la nación, mercancías de exportación prohibida.

#### **6.4. Control aduanero**

El control aduanero de las mercancías prohibidas por parte de la Administración Aduanera, en primer lugar, consiste en verificar, si las mercancías que van a ingresar o salir del país tienen la condición de prohibida, para lo cual se debe realizar la consulta a los listados consignados en la página web de la Sunat, según el siguiente *link*: <<https://www.gob.pe/6997-mercancias-restringidas-y-prohibidas>>.

#### **6.5. Procedimiento aduanero**

De acuerdo al Procedimiento Específico: control de mercancías restringidas y prohibidas - DESPA-PE.00.06 (Versión 3), en los casos de mercancías prohibidas, el funcionario aduanero procede conforme a lo establecido en el procedimiento específico Reconocimiento Físico - Extracción y Análisis de Muestras, DESPA-PE.00.03, en lo que corresponda.

En el reconocimiento físico remoto, el funcionario aduanero delegado dispone la extracción de muestras. Si este no participa, el funcionario aduanero asignado adopta las medidas para continuar con el reconocimiento físico presencial o para que se designe a un funcionario aduanero delegado. La acción de extracción de muestras suspende el despacho cuando se presuma que las mercancías son prohibidas o restringidas.

#### **6.6. Casuística**

##### **6.6.1. Resolución del Tribunal Fiscal n.º 12035-A-2019**

###### **Sumilla**

Se confirma la apelada que declaró infundado el recurso de reclamación contra la sanción de multa por la comisión de la infracción prevista en el numeral 9 inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, pues la mercancía consignada en la DAM constituye mercancía de importación prohibida.

###### **Análisis del criterio jurisprudencial**

En el presente caso, la materia de controversia consiste en determinar si procede la sanción de multa prevista en el numeral 9 inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053 aplicada a la recurrente, para cuyo efecto se debe determinar si la mercancía consignada en la Declaración Aduanera de Mercancías numerada en el 2017, constituye mercancía de importación prohibida.

Con relación al marco normativo, el artículo 1 de la Ley n.º 30299 - Ley de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, Productos Pirotécnicos y Materiales Relacionados de Uso Civil, regula el uso civil de armas de fuego, municiones, explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados. Esta regulación comprende la autorización, fiscalización, control de la fabricación, importación, exportación, comercialización, distribución, traslado, custodia, almacenamiento, posesión, uso, destino final, capacitación y entrenamiento en el uso de armas, municiones y explosivos, productos pirotécnicos y materiales relacionados, así como la reparación y ensamblaje de armas y municiones.

Por su parte, el numeral 14.1 del artículo 14 del Reglamento de la Ley n.º 30299, aprobado por Decreto Supremo n.º 010-2017-IN, establece lo siguiente: «La Sucamec, en el ámbito de su competencia, autoriza, controla, fiscaliza, regula y supervisa las actividades de fabricación y comercialización de las armas distintas a las de fuego, sus municiones y materiales relacionados. La comercialización de estas armas comprende su importación, exportación y comercio interno».

Asimismo, el numeral 14.4 del artículo 14 del citado Reglamento, establece que: «La fabricación y comercialización de objetos que sin ser armas de fuego tengan la apariencia de estas se encuentra prohibida».

Se debe indicar que el primer párrafo del artículo 35 del Reglamento de la Ley General de Aduanas, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 10-2009-EF, dispone que: «El mandato para despachar otorgado por el dueño, consignatario o consignante a favor del agente de aduana incluye la facultad de realizar actos y trámites relacionados con el despacho y retiro de las mercancías».

El numeral 9 del inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, establece que: «Cometen infracciones sancionables con multa: [...] b) Los despachadores de aduana, cuando: [...] 9. Destinen mercancías prohibidas».

De los actuados, se verifica que en el 2017, la agencia de aduanas numeró en representación del importador la Declaración Aduanera de Mercancías destinada al régimen de importación para el consumo, seleccionada a canal de control rojo, solicitando el ingreso, entre otras mercancías, encendedores tipo pistola Python Lighter declarada en la serie 9, verificándose en su reconocimiento físico que tienen la apariencia de armas de fuego, por lo que se trata de mercancía cuya importación está prohibida.

Además, obra en los actuados el oficio de la Sucamec, de 14 de febrero de 2017, por el cual la Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil comunica a la Administración —ante una consulta realizada por esta— que los encendedores en forma de réplica de arma de fuego tienen la calificación de mercancía prohibida.

Por lo tanto, en el caso bajo estudio se verifica de manera objetiva que la recurrente destinó mercancía que calificaba como de importación prohibida, contraviniendo las disposiciones de la Ley n.º 30299 y de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 010-2017-IN, por lo que incurrió en el supuesto de infracción tipificado en el numeral 9, inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053.

### **6.6.2. Resolución del Tribunal Fiscal n.º 11107-A-2019**

#### **Sumilla**

Se confirma la apelada, pues está acreditada la comisión de la infracción tipificada en el numeral 9 del inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, debido a que el vehículo consignado en la DAM tiene la calidad de mercancía de importación prohibida.

### Análisis del criterio jurisprudencial

La materia de grado consiste en verificar si la recurrente incurrió en el supuesto de infracción tipificado en el numeral 9 del inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, para cuyo efecto se debe establecer si el vehículo consignado en la Declaración Aduanera de Mercancías numerada el 2017 tiene la calidad de mercancía de importación prohibida.

Con relación al marco normativo, respecto de la importación de vehículos usados, el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 843 (vigente desde el 1 de noviembre de 1996) restableció la importación de vehículos automotores usados a partir del 1 de noviembre de 1996.

El citado artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 843 ha sido materia de diversas modificaciones legislativas, según se detalla a continuación:

Artículo 1.- «A partir del 1 de noviembre de 1996, queda restablecida la importación de vehículos automotores usados, de transporte de pasajeros o mercancías, que cumplan con los requisitos mínimos de calidad que se señalan a continuación:<sup>1</sup>

a) Que tengan una antigüedad no mayor de cinco (5) años, con excepción de los vehículos automotores con motor de encendido por compresión (diésel y otros) cuya antigüedad deberá ser no mayor de dos (2) años. La antigüedad de los vehículos se contará a partir del año de su fabricación. A partir del 1 de enero del 2009, queda prohibida la importación de vehículos usados con motor de encendido por compresión (diésel y otros) de las categorías L1, L2, L3, L4, L5, M1, M2, N1 y N2.<sup>2</sup>

b) Que el kilometraje de recorrido de los vehículos motorizados no exceda de los límites que se detallan en el siguiente cuadro:<sup>3</sup>

| Categoría | Vehículos de encendido por chispa (kilómetros) | Vehículos de encendido por compresión (kilómetros) |
|-----------|------------------------------------------------|----------------------------------------------------|
| L         | 50 000                                         | 50 000                                             |
| M1        | 80 000                                         | 80 000                                             |
| M2        | 90 000                                         | 60 000                                             |
| M3        | 300 000                                        | 200 000                                            |
| N1        | 90 000                                         | 60 000                                             |
| N2        | 300 000                                        | 200 000                                            |
| N3        | 60 000                                         | 400 000                                            |

El cumplimiento de este requisito de calidad deberá acreditarse ante la Sunat, para lo cual deberá consignarse el kilometraje real en los documentos de importación. Asimismo, las entidades verificadoras deberán hacer constar que el vehículo mantiene este requisito al momento de su nacionalización en el respectivo Reporte de Inspección o Primer Reporte de Verificación de Vehículos Usados, según corresponda.

c) Que no haya sufrido siniestro. Para estos efectos, se considera siniestrado un vehículo cuando ha sufrido volcaduras o choques frontales, laterales o traseros sustanciales.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Modificado por el artículo 2 de la Ley n.º 29303, publicada el 18 de diciembre de 2008, y el artículo 1 del Decreto de Urgencia n.º 050-2008, publicado el 18 de diciembre de 2008.

<sup>2</sup> Inciso, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 100-96-EF, publicado el 7 de octubre de 1996, inciso sustituido por el artículo primero del Decreto Supremo n.º 045-2000-MTC, publicado el 20 de septiembre de 2000, literal modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 017-2005-MTC, publicado el 15 julio 2005, literal modificado por artículo 1 del Decreto Supremo n.º 042-2006-MTC, publicado el 22 diciembre 2006, literal modificado por artículo 2 de la Ley n.º 29303, publicada el 18 diciembre 2008 y literal modificado por artículo 1 del Decreto de Urgencia n.º 050-2008, publicado el 18 diciembre 2008.

<sup>3</sup> Literal modificado por artículo 1 del Decreto Supremo n.º 042-2006-MTC, publicado el 22 diciembre 2006.

<sup>4</sup> Literal modificado por artículo 1 del Decreto Supremo n.º 042-2006-MTC, publicado el 22 diciembre 2006.

d) Que tengan originalmente proyectado e instalado de fábrica el timón a la izquierda. No se permitirá, en consecuencia, el ingreso de vehículos de timón original a la derecha que hubieren sido transformados a la izquierda.

e) Que las emisiones contaminantes de los vehículos automotores no superen los límites máximos permisibles establecidos por la normatividad vigente.<sup>5</sup>

Por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas, y de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, se podrán modificar los requisitos establecidos en el presente artículo».

Por su parte, el Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo n.º 058-2003-MTC, establece en su artículo 1 que:

El objeto del presente Reglamento es establecer los requisitos y características técnicas que deben cumplir los vehículos para que ingresen, se registren, transiten, operen y se retiren del Sistema Nacional de Transporte Terrestre. Los requisitos y características técnicas establecidas en el presente Reglamento están orientadas a la protección y la seguridad de las personas, los usuarios del transporte y del tránsito terrestre, así como a la protección del medio ambiente y el resguardo de la infraestructura vial.

Y su artículo 2 señala que:

El presente Reglamento rige en todo el territorio de la República y sus disposiciones alcanzan a los vehículos señalados en el Anexo I, así como a los Vehículos Especiales que ingresen, transiten u operen en el Sistema Nacional de Transporte Terrestre [...].

Asimismo, el artículo 4 del Reglamento Nacional de Vehículos aprobado por Decreto Supremo n.º 058-2003-MTC, señala que para la aplicación de lo dispuesto en el presente Reglamento deben considerarse las definiciones establecidas en el Anexo II; es así que en el numeral 53 del Anexo II se define el vehículo como aquel medio capaz de desplazamiento, pudiendo ser motorizado o no, que sirve para transportar personas o mercancías; además, el inciso 5 del citado numeral 53 establece lo siguiente:

5. Vehículo especial.- Son aquellos autopropulsados o remolcados, incluyendo sus combinaciones, que, por sus características particulares de diseño y en función a estar destinados a realizar obras o servicios determinados, no cumplen con las disposiciones de pesos, medidas, emisiones u otras establecidas en el Reglamento.

No se consideran vehículos especiales a las máquinas y equipos diseñados y fabricados exclusivamente para el uso fuera del SNTT, en la industria de la construcción, minería y agricultura (máquinas amarillas y máquinas verdes).

Las combinaciones especiales consignadas en el Anexo I: Clasificación Vehicular, que cumplen con las disposiciones de pesos, medidas, emisiones u otras establecidas en el presente reglamento no se consideran vehículos especiales;

El artículo 42 del citado Reglamento, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 002-2005-MTC, publicado el 22 de enero de 2005, dispone lo siguiente:

Artículo 42.- «Vehículos especiales

Son vehículos especiales aquellos autopropulsados o remolcados, incluyendo sus combinaciones, que, por sus características particulares de diseño y en función a estar destinados a realizar obras o servicios determinados, se encuentran comprendidos en cualquiera de los siguientes supuestos:

<sup>5</sup> Inciso sustituido por el artículo primero del Decreto Supremo n.º 045-2000-MTC, publicado el 20 de septiembre 2000; inciso modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 007-2001-MTC publicado el 10 de febrero de 2001 y literal modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 017-2005-MTC, publicado el 15 julio 2005.



- a) Exceden el límite de peso bruto vehicular como consecuencia de una mayor capacidad de carga, sea esta divisible e indivisible, sin exceder los límites de peso por eje establecidos en el Anexo IV del Reglamento.
- b) Exceden las dimensiones permitidas.
- c) Presentan configuraciones vehiculares que tengan mayor número de ejes que cualquiera de las contempladas en el numeral 1 del Anexo IV del Reglamento.
- d) Incumplen con alguna o algunas características técnicas vehiculares establecidas en el Reglamento.

Dichos vehículos, para poder circular en el SNTT, requieren autorización previa emitida por la autoridad competente, directamente o a través de la entidad que este designe, de acuerdo al procedimiento que se establezca para dicho efecto mediante la Directiva correspondiente. El órgano competente para tales autorizaciones es el ministerio, salvo, tratándose de las autorizaciones que se otorguen para la circulación en rutas de la red vial local a vehículos especiales de la Categoría M3 biarticulados, cuya competencia corresponde a las Municipalidades Provinciales [...].

Complementando lo antes mencionado, se tiene que el artículo 97 del Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo n.º 058-2003-MTC, establece lo siguiente:

El objeto de los mecanismos de control de Vehículos Especiales es verificar que éstos, para su incorporación y operación en el SNTT, cumplan con los requisitos técnicos complementarios que para cada caso se establezcan, sin perjuicio de cumplir con los requisitos técnicos vehiculares exigidos en el presente Reglamento, sus normas conexas y complementarias, las demás normas vigentes en la materia que no afecten su propia naturaleza. Los Vehículos Especiales para su incorporación y operación en el SNTT, previo a su importación o fabricación nacional, deben tener la Autorización de Incorporación de Vehículos Especiales.

Asimismo, el artículo 99 del citado Reglamento dispone que:

Para la nacionalización de Vehículos Especiales importados, se debe presentar a Sunat, adicionalmente a los requisitos exigidos normalmente, lo siguiente: 1. Autorización de Incorporación de Vehículos Especiales emitida por el Ministerio. 2. Ficha Técnica de Importación de Vehículos Especiales del Anexo V. Dicha ficha será suscrita por la Empresa Verificadora, el importador y el proveedor o fabricante del vehículo [...]

Mediante Circular n.º 004-2009/SUNAT/A, de fecha 2 de junio de 2009, la aduana, consolidando las normas señaladas, dispuso lo siguiente:

4.7.1 El Decreto Legislativo n.º 843 es aplicable a la importación de bienes que son considerados y clasificados como vehículos automotores, no encontrándose dentro de su alcance, las máquinas y equipos diseñados y fabricados exclusivamente para su uso fuera de la red vial nacional, en la industria de la construcción, minería y agricultura (máquinas amarillas y máquinas verdes).

4.7.2 Para la importación de vehículos usados para usos especiales del capítulo de la partida 87.05 se aplican los siguientes criterios:

1. Están fuera de los alcances del Decreto Legislativo n.º 843:

- a) Los camiones grúas que circulan *fuera de la red vial nacional*, clasificados en la subpartida nacional 8705.10.00.00, los camiones automóviles para sondeo o perforación clasificados en la subpartida nacional 8705.20.00.00, los camiones bomberos clasificados en la subpartida nacional 8705.30.00.00, los coches barrederas, regadores y análogos para la limpieza de vías públicas clasificados en las subpartidas nacionales 8705.90.11.00 y 8705.90.19.00 y los coches radiológicos clasificados en la subpartida nacional 8705.90.20.00.

- b) Los demás vehículos para usos especiales diseñados y fabricados para circular fuera de la red vial nacional con carrocerías tipo hospital, perforador, sanitario, explosivos, reparavías y bomba hormigonera, clasificados en la subpartida nacional 8705.90.90.00.

2. Están dentro de los alcances del Decreto Legislativo n.º 843:

- a) La importación de vehículos para usos especiales diseñados y fabricados para circular *dentro de la red vial nacional* y que cuentan con accesorios, equipamiento y/o aditamentos propios para realizar exclusivamente una función específica distinta al transporte de personas y/o mercancías, asimismo, su chasis y carrocería responden a un diseño específico para la función antes citada y no para el transporte de personas o mercancías, descartándose su uso como vehículo automotor de transporte terrestre de personas o mercancías. En tal sentido, están dentro de los alcances de la citada norma legal los camiones grúas que circulan dentro de la red vial nacional clasificados en la subpartida nacional 8705.10.00.00 y los camiones hormigonera clasificados en la subpartida nacional 8705.40.00.00.
- b) Los demás vehículos para usos especiales diseñados y fabricados para circular dentro de la red vial nacional con carrocerías tipo taller o factoría, grupo electrógeno, compresor, transformador, iluminador, instrucción, comunicaciones, lubricador, mezclador, elevador y ferias, clasificados en la subpartida nacional 8705.90.90.00.

En ese sentido, de la lectura de las normas antes citadas, se puede colegir lo siguiente:

- i. Un vehículo usado que incumpla uno o más requisitos mínimos de calidad previstos en el Decreto Legislativo n.º 843 califica como mercancía prohibida, puesto que dicha norma prohíbe su ingreso al país.
- ii. Un vehículo usado que cumpla con los requisitos mínimos de calidad previstos en el Decreto Legislativo n.º 843 deberá, además, cumplir con los requisitos y características técnicas establecidas en el Reglamento Nacional de Vehículos aprobado por Decreto Supremo n.º 058-2003-MTC, en caso dicho vehículo se encuentre en el ámbito de aplicación del citado Decreto Supremo (de acuerdo a su artículo 2) y tenga como finalidad circular en el Sistema Nacional de Transporte Terrestre (SNTT).

En tal situación, si el vehículo usado (que ha ingresado al país bajo el régimen regular) no cuenta con la Ficha Técnica de Importación de Vehículos Usados y Especiales y/o el Reporte de inspección emitido por la Entidad Verificadora respectivas, al carecer de los requisitos y características técnicas en mención, tiene la condición de mercancía restringida que carece de la documentación exigida para su ingreso al país.

- iii. Los vehículos automotores usados para usos especiales que circulen en el Sistema Nacional de Transporte Terrestre - SNTT, tales como: camiones grúas, camiones automóviles para sondeo o perforación, camiones bomberos, coches barrederas, regadores y análogos para la limpieza de vías públicas, coches radiológicos, carrocerías tipo hospital, perforador, sanitario, explosivos reparavías, bomba hormigonera, entre otros, según lo determine el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC, que no cuenten con la Autorización de Incorporación de Vehículos Especiales y la Ficha Técnica de Importación de Vehículos Especiales respectivos, al carecer de los requisitos y características técnicas en mención tienen la condición de mercancía restringida que carece de la documentación exigida para su ingreso al país.
- iv. Los vehículos automotores usados para usos especiales, diseñados y fabricados exclusivamente para el uso fuera del Sistema Nacional de Transporte Terrestre - SNTT, tales como: camiones grúas, camiones automóviles para sondeo o perforación, camiones bomberos, coches barrederas, regadores y análogos para la limpieza de vías públicas, coches radiológicos, carrocerías tipo hospital, perforador, sanitario, explosivos reparavías, bomba hormigonera, entre otros, según lo determine el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC; están

fuera del alcance del Decreto Legislativo n.º 843, por lo que dichas mercancías no se consideran de importación prohibida ni restringida;

En el presente caso, en el 2017, la agencia de aduana numeró, en representación del importador, la Declaración Aduanera de Mercancías destinada al régimen de importación para el consumo, seleccionada canal de control rojo (reconocimiento físico), mediante la cual solicitó la importación para el consumo de un (1) vehículo N3, año 2000 modelo 2000 (según la Aduana), combustible: diésel, Ca: Hormigonera, kilometraje: 236113.

Como consecuencia del reconocimiento físico de la mercancía, la aduana, con base en la documentación que sustenta la declaración aduanera, constata que el vehículo es un camión hormigonero, usado, fabricado en el año 2000, por tanto, excede el límite de antigüedad (Decreto Legislativo n.º 843), el Decreto Supremo n.º 058-2003-MTC y la Circular n.º 004-2009-SUNAT/A, por lo que la aduana procede a su inmovilización con fecha 12 de enero de 2018.

La administración aduanera señala que si bien, conforme el artículo 98 del Decreto Supremo n.º 058-2003-MTC, el vehículo materia del caso debe contar con una autorización que lo incorpore como vehículo especial, reconoce que el procedimiento para tal fin, no ha sido implementado e incorporado al TUPA del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por lo que concluye que es inexigible en este caso; sin embargo, conforme el conjunto de normas citadas, entre las que principalmente destaca el Decreto Legislativo n.º 843, así como el artículo 98 del Decreto Supremo n.º 058-2003-MTC, siendo el vehículo materia de este caso usado fabricado en el año 2000, a combustible diesel, es claro que en el año 2017 que se solicitó su despacho aduanero incumple el requisito legal de contar con una antigüedad menor a 2 años, por lo que no cabe duda que la importación del referido vehículo resulta prohibida.

En cuanto a establecer la procedencia de la multa aplicada, se debe advertir que el inciso e) del artículo 19 de la Ley General de Aduanas, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1053, establece que es obligación de los despachadores de aduana no destinar mercancía de importación prohibida. El numeral 9 del inciso b) del artículo 192 de la citada Ley tipifica como supuesto de infracción sancionable con multa a: «[...] b) Los despachadores de aduana, cuando: [...] 9. Destinen mercancías prohibidas». De conformidad con lo previsto en el artículo 189 de la citada Ley General de Aduanas, la infracción será determinada en forma objetiva y podrá ser sancionada administrativamente con multas, comiso de mercancías, suspensión, cancelación o inhabilitación para ejercer actividades. La administración aduanera aplicará las sanciones por la comisión de infracciones, de acuerdo con las tablas que se aprobarán por decreto supremo.

La Ficha Técnica de Importación de Vehículos Usados y Especiales y el Reporte de Inspección que sustenta la Declaración Aduanera de Mercancías fueron emitidos el 21 y 22 de noviembre de 2017, es decir, antes de solicitar la importación para el consumo del camión hormigonero materia de este caso, que fue numerada el 14 de diciembre de 2017, por lo que la agencia recurrente tenía pruebas de que el vehículo materia del caso es usado, funciona con combustible diésel y fue fabricado en el año 2000, por tanto al 14 de diciembre de 2017, que solicitó el despacho, el vehículo tenía más de dos años de antigüedad y por tanto jurídicamente no es posible su importación, resultando de importación prohibida.

En consecuencia, la agencia de aduana objetivamente solicitó la nacionalización de un vehículo de importación prohibida que no cumple las reglas señaladas en el Decreto Legislativo n.º 843, supuesto que califica como infracción, conforme el numeral 9 del inciso b) del artículo 192 de la Ley General de Aduanas, Decreto Legislativo n.º 1053, y por tanto es procedente que la aduana imponga a la agencia apelante la multa prevista al respecto en la Tabla de Sanciones aplicable a las Infracciones señaladas en la Ley General de Aduanas, Decreto Supremo n.º 031-2009-EF.

## 7. COMENTARIOS FINALES

Si bien dentro de las competencias de la administración aduanera se encuentra el control del ingreso y/o salida del país de las mercancías restringidas o prohibidas, la aduana no califica cuándo una mercancía es prohibida o restringida, pues dicha calificación le corresponde por ley al sector o autoridad competente. Se trata, entonces, de una competencia compartida, en donde el sector o autoridad competente realiza la calificación (de mercancía prohibida o restringida) en aplicación de la legislación sectorial existente sobre la materia, y la aduana, en función de dicha calificación, ejerce sus acciones de control.

En la práctica se verifica que muchas empresas importadoras o exportadoras, al considerar que la mercancía es un bien susceptible de ser clasificado en la nomenclatura arancelaria y que puede ser objeto de regímenes aduaneros, realizan la búsqueda en la página web de la Sunat, en las secciones de tratamiento arancelario por subpartida nacional, y consulta por partida arancelaria (movimientos), y al verificar que en dicha página la subpartida nacional no menciona restricciones de ingreso al país la consideran mercancía no restringida. Otro supuesto que ocurre en la operatividad aduanera es que muchas empresas importadoras o exportadoras no cuentan o no valoran la importancia de la ficha técnica del producto o de sus especificaciones técnicas o, contando con ella, presumen que se trata de mercancía no restringida o no prohibida, y siendo ello así, proceden a destinarla al régimen aduanero que corresponda, sin contar con la autorización del ente competente.

De esta manera, los importadores y exportadores al numerar sus declaraciones aduaneras bajo los diferentes regímenes aduaneros, y estas ser seleccionadas a los canales de control naranja (revisión documentaria) o rojo (revisión documentaria y reconocimiento físico), consideran que la administración aduanera, antes de otorgar el levante autorizado de la mercancía, es la que previamente debe verificar si esta es restringida o no, y en caso no lo haga y otorgue el levante autorizado presumen que dicha mercancía no es restringida y, por tanto, no requiere contar con autorización del sector competente para su ingreso o salida al país. Similar razonamiento tiene respecto de las mercancías prohibidas, en donde consideran que es la administración aduanera la que debe determinar dicha naturaleza cuando los despachos se someten a los canales del control naranja o rojo.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

BAENA ROJAS, J. J. *Las restricciones y los aranceles a las exportaciones de mercancías en el derecho de la OMC. ¿Barreras tradicionales o neoproteccionismo?* Tesis. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2016.

BASALDÚA, R. «La aduana: concepto y funciones esenciales y contingentes». En *Revista de Estudios Aduaneros*, 2007, pp. 37-54.

COSIO JARA, F. *Tratado de derecho aduanero*. Lima: Jurista Editores, 2014.

COTTER, J. *Derecho aduanero*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, tomo I.

GUEVARA CULQUICONDOR, R. M. *Propuesta de mejora de los procesos de importación de juguetes, en condición de mercancías restringidas*. Lima: Tesis, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2021.

HUAMAN SIALER, M. A. *Derecho aduanero y de comercio internacional*. Lima: Instituto Pacífico, 2019.

MARTÍNEZ J. E. *Concepto de mercancías, una aproximación desde lo aduanero*, 2019.  
<<https://www.eumed.net/rev/caribe/2019/09/mercancias-aduana.html>>.

RUBIO CORREA, M. *Estudio de la Constitución Política del Perú de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999, tomo 3.

## ¿ESTÁ CONSOLIDADA LA LIBERALIZACIÓN ARANCELARIA?

Javier Illescas\*

**Sumario:** 1. Marco legal.— 2. La liberalización unilateral 1990 al 2021.— 3. Perú y la CAN.— 4. Perú y el TLC con EUA.— 5. Perú y los otros TLC.— 6. Riesgos sobre la liberalización comercial.— 7. Comentarios finales. 8. Bibliografía.

La liberalización del comercio exterior, en particular la arancelaria, ya tiene varias décadas, pero cabe preguntarse si aún faltan más pruebas que tenga que pasar para que no sea revertida. Este capítulo cuenta la historia de la senda conflictiva de la política arancelaria y las perspectivas que hoy tiene.

Aunque hubo algún intento previo de liberalización comercial en Perú,<sup>1</sup> no fue sino a partir de 1990 que se inició un proceso muy amplio en ámbitos de eliminación de barreras al comercio internacional —en bienes, servicios e inversión—, como parte de un conjunto mayor de reformas económicas,<sup>2</sup> que en conjunto mejoraron la posición de la economía peruana en la última década del siglo XX para estabilizar la economía, mejorar sus niveles de eficiencia productiva e integrarla a la economía mundial. Todo este diseño de políticas ha permitido aprovechar el mejor momento de la economía mundial entre fines del siglo pasado y la primera década del siglo XXI, con un sólido crecimiento económico y el mejoramiento en la competencia internacional de la economía peruana en ciertas industrias.

La liberalización comercial lleva ya unos 32 años como una política de Estado persistente, habiendo comenzado primero como una liberalización unilateral —p. ej. aquella decidida soberanamente por un país, sin negociarla con otro—, sostenida primero por decretos supremos, decretos legislativos,<sup>3</sup> luego por el marco constitucional, para luego ser consolidada por la liberalización negociada a través de los tratados de libre comercio (TLC) suscritos por Perú con sus principales socios comerciales.

Este breve artículo se enfoca solo sobre el componente arancelario de la liberalización comercial, tanto en el ámbito unilateral cuanto el negociado bajo los TLC, partiendo de la evolución histórica de la liberalización arancelaria unilateral desde 1990 a la fecha; el paso desde las dificultades de definir un arancel externo común (AEC) dentro de la Comunidad Andina (CAN) al posterior énfasis sobre las negociaciones de los TLC; finalmente, se comenta sobre los riesgos actuales en estos tiempos tan inciertos.

### 1. MARCO LEGAL

A inicios de los noventa, durante la administración del presidente Fujimori, y como parte de las reformas económicas en buena medida llevadas a cabo a través de diversos decretos legislativos, se pro-

---

\* Magíster en Economía de la Universidad de Illinois en Urbana-Champaign. Ha participado en negociaciones comerciales en foros como la Comunidad Andina, el Área de Libre Comercio de las Américas, APEC, OMC y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América.

<sup>1</sup> En los primeros años del segundo gobierno del presidente Belaunde (1980-1981) se redujeron los aranceles de manera significativa, para luego ser revertido en los años subsiguientes debido a la difícil situación fiscal.

<sup>2</sup> Esto incluyó una política macroeconómica más eficiente y disciplinada para acabar con la hiperinflación y la introducción de reglas de mercado en la determinación de precios para eliminar distorsiones en la asignación de recursos.

<sup>3</sup> En virtud de facultades delegadas por el Congreso de la República al Ejecutivo en 1991.

mulgó la Ley marco de comercio exterior (Decreto Legislativo n.º 668), la que entre varias disposiciones incluye las garantías de libertad de comercio exterior y de realización de operaciones de comercio exterior sin restricciones pararancelarias.<sup>4</sup> Sin embargo, la responsabilidad específica sobre la política arancelaria en Perú quedó definida en la Constitución Política, que le dio la competencia regulatoria al Poder Ejecutivo a través de decretos supremos refrendados por el Presidente de la República.<sup>5</sup> Sobre esto último, la Constitución Política de 1979 ya establecía entre las atribuciones del Presidente de la República la regulación los aranceles (artículo 211 inciso 22), pero sin definir el tipo de instrumento legal.

La competencia específica dentro del Ejecutivo ya estaba regulada por una norma legal de 1981, aún vigente, la Ley orgánica del Ministerio de Economía y Finanzas (Decreto Legislativo n.º 183), la cual, entre otros, asignó a este ministerio la conducción de la política arancelaria:

Artículo 5.- «Corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas planear, dirigir y controlar los asuntos relativos a la tributación, política aduanera, financiación, endeudamiento, presupuesto, tesorería y contabilidad, así como armonizar la actividad económica nacional.

Asimismo, le corresponde planear, dirigir y controlar los asuntos relativos a la política arancelaria, en coordinación con el Ministerio de Industria, Comercio, Turismo e Integración [hoy separado en el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y el Ministerio de la Producción] y con el ministro del Sector interesado, cuando corresponda».

Todas estas normas legales constituyen el marco legal básico de política arancelaria bajo el cual se realizó la liberalización arancelaria, la cual se expresó en una reducción de aranceles sin precedentes, como veremos más adelante. Sin embargo, durante la década de los noventa y los primeros años del nuevo siglo dicha praxis estuvo sujeta a tensiones, no solo dentro del Estado —entre el Ministerio de Economías y Finanzas (MEF) y ministerios como los de Agricultura (Minag), de Industrias, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales (Mitinci) y Relaciones exteriores (MRREE)—, sino también con varios gremios privados e incluso la Comunidad Andina (CAN).

Las primeras reducciones arancelarias se dieron en un contexto de reconstrucción de la economía del país, la cual enfrentaba como principales problemas económicos la hiperinflación, el desempleo, la recesión productiva y el aislamiento a los mercados de crédito internacional. De ahí que hubo *momentum* para aplicar la política de choque entre 1990 y 1991, incluyendo las reducciones unilaterales de aranceles. Sin embargo, a partir de 1992 con una economía tendiendo a la estabilidad, los sectores productivos más «sensibles» a la apertura comercial se mostraban más renuentes que al inicio de este proceso en 1990, siendo más difícil continuar con el mismo ritmo de liberalización.

En este punto, es importante notar que pese al marco legal de orientación hacia un comercio exterior más libre, persistía entre gremios, algunos ministerios, economistas no liberales, consultores, entre otros, la idea de que el arancel era un instrumento de protección de sectores productivos, e incluso de integración económica entre países afines o similares. Al respecto, es bien sabido en teoría y política de comercio exterior que los aranceles pueden tener alguno de estos tres tipos de usos: a)

<sup>4</sup> Artículo 1.- «El Estado garantiza la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para lograr el desarrollo del país».

Artículo 12.- «El Estado garantiza el derecho de toda persona natural o jurídica a realizar operaciones de comercio exterior sin prohibiciones ni restricciones paraarancelarias de ningún tipo, quedando por lo tanto sin efecto las licencias, dictámenes, visaciones previas y consulares, registros de importación, registros de cualquier naturaleza y condicionamientos previos de cualquier naturaleza que afecten la importación o exportación de bienes. Asimismo, dese fuerza de ley al artículo 2 del Decreto Supremo 060-91-EF».

<sup>5</sup> Artículo 74.- «Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo».

Artículo 118.- «Corresponde al Presidente de la República:

[...]

20. Regular las tarifas arancelarias.

[...]».

permitir una mayor recaudación impositiva; b) proteger industrias bajo criterios temporales o permanentes; o, c) eliminarlos o mantenerlos a niveles muy bajos y poco dispersos para no interferir en la asignación eficiente de recursos.

A nivel académico, es predominante entre economistas que los usos a) y b) no son superiores a la opción c) de eliminación o cuasi eliminación de aranceles y, en general, de barreras paraarancelarias. La razón básica es que los aranceles —sea a importación o exportación— constituyen una distorsión de mercado que genera costos de eficiencia al productor y costos de bienestar al consumidor. Aunque algunos académicos encuentran casos de industrias o productos específicos donde una protección temporal puede hacerlos crecer con eficiencia y una vez logrado este objetivo quitarle la protección, rara vez se cuenta con información que permita de manera precisa identificar esa industria o producto y rara vez esa protección es temporal. La realidad nos ha mostrado, sobre todo en países en desarrollo con bajos niveles de institucionalidad, que los grupos de interés o buscadores de rentas suelen lograr que el Estado proteja su sector, industria o producto sin el sustento suficiente y por plazo indefinido o renovable.

Es por ello que, sobre todo para una economía abierta pequeña<sup>6</sup> como la peruana, mantener tasas arancelarias altas y dispersas en número, sin poder alterar a su favor los precios internacionales de lo que importa, solo genera ineficiencias productivas y perjuicios al consumidor, debido a los altos costos que promueve. La recomendación en estos casos suele ser la liberalización unilateral, que fue la orientación que se adoptó desde 1990 en Perú.

Sobre esta base conceptual, y las tensiones antes señaladas, para dar más orden y una señal de persistencia sobre la orientación de la política arancelaria, el 2006 el MEF promulgó los Lineamientos de Política Arancelaria (Resolución Suprema n.º 005-2006-EF/15) los que, entre otras cosas, señalan que «[...] una forma fácil de resumir el progreso en liberalización arancelaria es el logro de reducción en el tiempo del *promedio y dispersión arancelarias* [...]», y que «[...] la estructura arancelaria de largo plazo del Perú debe ir tendiendo a reducir magnitud y número de niveles arancelarios, de manera que se coincida en el horizonte de desgravación total de los acuerdos comerciales en los próximos 10 a 15 años».

Luego de 32 años de iniciado el proceso de liberalización comercial, por momentos llevado con cierto desorden, en lo unilateral ha persistido en su orientación reducida de aranceles, ahora reforzada por la convergencia con las reducciones arancelarias derivadas de los tratados de libre comercio ya suscritos.

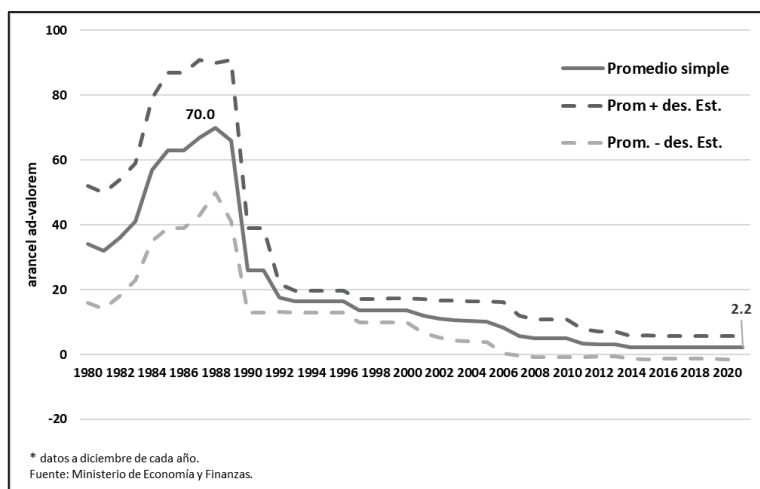
## 2. LA LIBERALIZACIÓN UNILATERAL 1990 AL 2021

Como fue señalado, desde 1990 el MEF inició la simplificación de la estructura arancelaria con el objetivo de reducir considerablemente su promedio y dispersión, medida que luego fue seguida de un proceso más gradual de reducciones arancelarias adicionales (ver gráfico).<sup>7</sup>

<sup>6</sup> El término *economía pequeña abierta* en la literatura de comercio exterior se refiere a aquellas economías cuyo tamaño en términos de participación en la producción y comercio mundiales es muy baja y, por tanto, no tienen ningún espacio para influir sobre precios (falta de poder de mercado). Eso las hace precio-aceptante en los productos que exporta o importa.

<sup>7</sup> Es importante mencionar que contemporáneamente se estaba negociando los textos de disciplinas comerciales diversas en el ámbito de la Ronda Uruguay del anterior GATT y que dicha ronda convirtió a la OMC. En dicho marco, Perú consolidó un arancel nominal máximo de 30 % para todas las líneas arancelarias, excepto un conjunto reducido de solo 12 líneas agrícolas relativas a maíz, trigo, arroz, azúcar y algunos lácteos, con techos más altos por diez años desde 1994, pero que hoy tienen un techo uniforme de 68 %. En el año 1991 se estableció derechos específicos variables, adicionales a los *ad valorem* para estos productos. Sin embargo, este esquema luego fue convertido al actual Sistema de Franjas Agropecuarias de Precios, que incluye dichos productos originales más algunos productos derivados, haciendo un total de 48 líneas arancelarias a 10 dígitos.

## La política arancelaria del Perú 1980-2021



Si bien el proceso de ejecución de esta opción fue continuo en el tiempo, enfrentó varias dificultades, siendo las principales: (i) la oposición de algunos intereses privados; (ii) la resistencia de otros ministerios sectoriales, ya sea porque no estaban convencidos de esa opción política o porque disputaban la competencia del MEF en materia de política arancelaria, como en el caso de los temas arancelarios dentro de las negociaciones de los tratados comerciales; (iii) el conflicto entre la política de libre comercio de Perú y la propuesta de la Comunidad Andina (CAN) de establecer un arancel externo común (AEC), apoyada por varios países de este bloque subregional; y, (iv) la falta de fortaleza conceptual e institucional del propio Ministerio de Economía y Finanzas para llevar adelante este proceso de manera ordenada. Sobre estos temas volveremos más adelante.

Como resultado de la liberalización unilateral del arancel Nación Más Favorecida (NMF) peruano, el promedio arancelario actual es solo de 2,2 %, con niveles de tasas de 0 %, 6 % y 11 %, donde al 100 % de los bienes de capital no se le aplica aranceles y tampoco al 86 % del valor de insumos. Asimismo, la mayor proporción de aplicación de aranceles está en el nivel de 6 % para bienes de consumo (ver tabla 1). En la escala más alta de 11 % solo está el 15 % del valor importado referido a prendas de vestir, calzado, algunos electrodomésticos producidos en el país, principalmente.

Sin embargo, los tratados de libre comercio suscritos por Perú —que incluyen liberalización arancelaria inmediata para un grupo de líneas arancelarias y reducciones arancelarias progresivas en varios plazos para otro grupo— más las exoneraciones e inafectaciones arancelarias existentes arrojan un arancel efectivo global de 0,7 % el 2021. Y si vemos este indicador con relación a los tres principales socios comerciales de Perú, al 2021 el arancel efectivo con los Estados Unidos de América (EUA) es de 0,18 %; 0,56 % con la Unión Europea y 1,15 % con China. Por ende, la convergencia de la liberalización unilateral y la negociada propuesta en los Lineamientos de Política Arancelaria están llevando en la práctica a la virtual desaparición del arancel a importaciones en Perú.



**Tabla 1**  
**Estructura arancelaria según tipo de bien**

| Niveles arancelarios<br>valorem            | ad | Bienes de consumo |                  | Bienes intermedios |                  | Bienes de capital |                  | Total             |                  |
|--------------------------------------------|----|-------------------|------------------|--------------------|------------------|-------------------|------------------|-------------------|------------------|
|                                            |    | N° de subpartidas | Valor mill. US\$ | N° de Subpartidas  | Valor mill. US\$ | N° de Subpartidas | Valor mill. US\$ | N° de Subpartidas | Valor mill. US\$ |
| 0%                                         |    | 550               | 2,800.9          | 3,334              | 21,386.1         | 1,680             | 15,196.1         | 5,564             | 39,383.1         |
| 6%                                         |    | 1,098             | 6,575.7          | 448                | 3,111.2          |                   |                  | 1,546             | 9,686.9          |
| 11%                                        |    | 419               | 1,643.2          | 261                | 497.7            |                   |                  | 680               | 2,141.0          |
| <b>Total</b>                               |    | <b>2,067</b>      | <b>11,019.8</b>  | <b>4,043</b>       | <b>24,995.0</b>  | <b>1,680</b>      | <b>15,196.1</b>  | <b>7,790</b>      | <b>51,210.9</b>  |
| <b>Distribución porcentual</b>             |    |                   |                  |                    |                  |                   |                  |                   |                  |
| 0%                                         |    | 27%               | 25%              | 82%                | 86%              | 100%              | 100%             | 71%               | 77%              |
| 6%                                         |    | 53%               | 60%              | 11%                | 12%              |                   |                  | 20%               | 19%              |
| 11%                                        |    | 20%               | 15%              | 6%                 | 2%               |                   |                  | 9%                | 4%               |
| <b>Total</b>                               |    | <b>100%</b>       | <b>100%</b>      | <b>100%</b>        | <b>100%</b>      | <b>100%</b>       | <b>100%</b>      | <b>100%</b>       | <b>100%</b>      |
| <b>Arancel nominal promedio</b>            |    | <b>5.4%</b>       |                  | <b>1.4%</b>        |                  | <b>0.0%</b>       |                  | <b>2.2%</b>       |                  |
| <b>Dispersión arancelaria <sup>2</sup></b> |    | <b>3.8</b>        |                  | <b>3.1</b>         |                  | <b>0.0</b>        |                  | <b>3.6</b>        |                  |
| <b>Arancel Efectivo <sup>3</sup></b>       |    | <b>2.1%</b>       |                  | <b>0.0%</b>        |                  | <b>0.0%</b>       |                  | <b>0.1%</b>       |                  |

<sup>1</sup> Número de subpartidas y valor CIF en millones de US\$ del 2021

<sup>2</sup> En puntos porcentuales con respecto al promedio arancelario simple.

<sup>3</sup> Arancel efectivo = (Monto de recaudación Advalorem CIF / Monto de importación CIF)\*100, con datos de importación de 2021.

Fuente: SUNAT, MEF

### 3. PERÚ Y LA CAN

La liberalización de la economía peruana en los años noventa coincidió con un renovado impulso desde 1991 de integración regional por parte de la CAN, centrado en la implementación de un AEC. En ese momento, las exportaciones peruanas intrarregionales dentro de la CAN habían sido estables, pero relativamente bajas, representando un 6,2 % del total de las exportaciones peruanas en 1990, cifra que se ha reducido en el tiempo (5,4 % en 2021).

Este conflicto persistió durante toda la década de los noventa y los años iniciales del nuevo siglo. Las tensiones entre los miembros de la CAN y entre el MEF y otros ministerios directa o indirectamente involucrados en la política comercial se elevaron durante las negociaciones de la fallida Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), entre 1996 y el 2000, para alcanzar mayor intensidad hacia el 2002, cuando la presión política de presidentes y cancilleres andinos a Perú doblegan a una desordenada y poco clara posición de Perú, llegando a una definición del AEC a través de la Decisión 535 en octubre del 2002, la cual estableció el escalonamiento arancelario con tasas de 0 %, 5 %, 10 % y 20 % con ciertas excepciones.<sup>8</sup>

Sin embargo, posterior a dicha Decisión hubo reclamos del sector privado, el cual previó que muchos de los precios de los insumos que usan en sus procesos productivos se elevarían por causa de los aumentos arancelarios que la implementación del AEC traería, siendo la principal causa inicial para que la implementación de dicha Decisión sea postergada.

Casi paralelamente, Perú y otros países de la CAN comenzaron a insistir a EUA en iniciar negociaciones de un tratado de libre comercio para remplazar el Acuerdo de Preferencias Comerciales Andinas y Erradicación de Droga (ATPDEA, por sus siglas en inglés). Sin embargo, previo a ese inicio de negociaciones, los otros países de la CAN intensificaron los esfuerzos para definir un AEC para la negociación en bloque CAN-EUA. No obstante, dentro del sector público no había una posición única. El MEF privilegiaba la independencia arancelaria, rechazando cualquier AEC que implicara la

<sup>8</sup> En Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, hay una reunión presidencial andina que llega a emitir una declaración en la que se establece que Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela aplicarán, a más tardar, el 31 de diciembre de 2003, un arancel externo común escalonado de niveles de 0 %, 5 %, 10 % y 20 %, exceptuando a Bolivia del nivel de 20 %. El correlato inmediato fue la Decisión 535 de octubre del 2002 que generó un mandato legal supranacional perentorio de implementación a los cuatro países para enero del 2004.

reversión de la liberalización arancelaria alcanzada y limitara reducciones unilaterales adicionales;<sup>9</sup> ministerios como el Mincetur o el de la Producción tenían una postura más flexible con relación al AEC, y el MRREE privilegiaba la integración andina. El sector privado se dividía entre los propensos a la integración, los indiferentes y los opositores moderados y radicales. Por su parte, los otros miembros de la CAN, Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia tenían más consenso en escalar el arancel andino, léase elevar unos aranceles, bajar otros, diferir el AEC a bienes no producidos y dar tratos preferenciales a Ecuador y Bolivia, en su condición de países con «menor desarrollo relativo».

Este diseño de AEC perforador elevaría el promedio y dispersión arancelarios de Perú, esquema contrario a lo que llevaba haciendo hacía más de una década, pero que sí era consistente con las políticas arancelarias, sobre todo de Colombia y Venezuela, de esos tiempos y con las propuestas de AEC que preparaba la Secretaría de la CAN, llamada en corrillos andinos como el *quinto país*.

La gran diferencia entre el marco de política comercial de Perú y el de otros países de la CAN finalmente hizo que se abandonara no solo la implementación del AEC, sino también la Política Agrícola Común (PAC) expresada en un esquema de bandas de precios agrícolas, también distinto al peruano. Las conversaciones con EUA dieron lugar a la negociación del TLC entre 2004 y 2006, yendo inicialmente en bloque con Colombia y Ecuador,<sup>10</sup> pero sin AEC. Al final, solo Perú concluyó a tiempo las negociaciones, lo cual supuso una liberalización comercial mutua profunda, contribuyendo a que, en paralelo, el conflicto dentro de la CAN por el AEC y la PAC se vaya desvaneciendo.<sup>11</sup>

#### 4. PERÚ Y EL TLC CON EUA

Cabe preguntarse: ¿cómo en medio de un conflicto de la política unilateral de Perú frente al escalonamiento arancelario que promovía la CAN, entra el país a una negociación mercantilista con EUA? La respuesta tiene dos ámbitos: uno teórico y otro práctico. En el teórico hay argumentos en favor de una liberalización negociada, tales como los que Bhagwati señala:

Si bien este enfoque de (reciprocidad) es considerado «mercantilista» por quienes prefieren la liberalización comercial unilateral por sí misma, el binomio de concesiones mutuas tiene una cuádruple ventaja:

- i. Si consigo que tú también te liberes mientras yo me liberalizo, gano el doble.
- ii. Si hay consideraciones macroeconómicas de segundo orden, como las dificultades de la balanza de pagos a corto plazo derivadas de la liberalización del comercio, el carácter mutuo de la liberalización debería reducirlas en general.
- iii. La reciprocidad de las concesiones sugiere equidad y hace que el ajuste a la liberalización del comercio sea políticamente más aceptable para los perdedores nacionales del cambio.
- iv. Las concesiones extranjeras a los propios exportadores crean nuevos intereses que pueden contrarrestar los intereses que se oponen a la propia liberalización comercial.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> En agosto de 1992, la Decisión 321 ya había suspendido la obligación del Perú de adoptar el AEC por un plazo que fue prorrogándose hasta que el tema alcanzó un punto crítico en 2003.

Artículo 1.- «El Perú suspenderá sus obligaciones con respecto al Programa de Liberación y el Arancel Externo Mínimo Común hasta el 31 de diciembre de 1993».

<sup>10</sup> EUA decidió tener negociaciones con todos los miembros de la CAN excepto Venezuela. Bolivia comenzó asistiendo a las rondas como observador, abandonando su asistencia luego de algunas de ellas. Ecuador también las abandonó en un punto de las negociaciones, quedando solo hasta el final Perú y Colombia, logrando solo Perú cerrar las negociaciones antes que concluya la «vía rápida» dada por el Congreso de EUA.

<sup>11</sup> Las postergaciones se dieron sucesivamente hasta que la realidad hizo ver que acordar en la CAN un AEC era irreal, por lo que en el 2015 el organismo decidió con la Decisión 805 dejar sin efecto todas las decisiones relativas al AEC.

<sup>12</sup> BHAGWATI, Jagdish (ed.). (2002). *Going alone – the case for relaxed reciprocity in freeing trade*. Massachusetts: MIT Press, p. 3.

Más allá de estas razones teóricas, la razón más práctica era que a fines del 2001 se vencía el ATPDEA con EUA, uno de los principales socios comerciales de Perú. En virtud de este programa, EUA concedían de manera unilateral la entrada de mercancías libre de aranceles a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. A su término, más de 6000 productos de exportación peruanos tendrían que ingresar al mercado de EUA pagando aranceles y una forma de consolidar el acceso que permitía el ATPDEA era comprometer que dicho país negocie con Perú un tratado de libre comercio.

Lograr el compromiso a negociar y luego realizar la negociación misma no fue un tema fácil, pues había cuatro frentes de negociación. En el frente interno habían dos, uno era entre entidades públicas que tenían que definir intereses y posiciones en temas de unas 20 mesas de negociación con miras a lograr una posición negociadora de Estado única frente a EUA, y otro del Estado con el sector privado, pues algunos grupos privados tenían lógicos intereses económicos en contra de la liberalización comercial derivada del tratado; en el frente externo, uno era el de definir un enfoque de negociación compartido con Colombia y Ecuador —aunque este último país se retiró de la negociación con EUA en determinado momento— frente a EUA, y otro era con la contraparte estadounidense.

Aunque todos estos frentes generaron muchos costos de transacción para la parte peruana, al término de la negociación, el 2006, en cuanto a comercio de bienes se llegó a un compromiso de liberalización inmediata de un número de líneas arancelarias representando el 81,0 % del valor de las importaciones desde EUA,<sup>13</sup> con el residual de líneas arancelarias a liberalizarse entre 5 y 15 años. Entonces, si con uno de los principales socios comerciales se lograba este tipo de acuerdo, implicando disciplinas de comercio que incluso iba más allá del tema de comercio de bienes, tal como se dijo antes, la idea de tener un AEC andino tendió a desaparecer en la discusión andina.

Es importante mencionar algo que en su momento no fue adecuadamente percibido acerca de la negociación con EUA y es que si bien se tenía el incentivo de ir por el tratado sobre la base de la consolidación de las preferencias unilaterales otorgadas por dicho país, la contraparte de ese acceso a mercado estadounidense, que era el mercado peruano, ya estaba unilateralmente total o parcialmente liberalizado, como eran la mayor parte de sectores en mercados de servicios y acceso en inversión privada, parcialmente en compras gubernamentales, sin controles de capital y con una amplia reducción arancelaria unilateral. De este modo, Perú no solo estaba listo para negociar individualmente con mayor ventaja que Colombia y Ecuador frente a EUA, en esos momentos con mucho mayores restricciones comerciales en varios ámbitos, sino que el tratado de libre comercio *per se* constituía una consolidación de reformas (*locking process*), algo que pocos negociadores del Estado y público en general apreciaban en ese momento y que hoy, con los otros tratados firmados, son parte de la relativa robustez de la institucionalidad peruana en la liberalización del comercio exterior.

## 5. PERÚ Y LOS OTROS TLC

Posteriormente, el ejercicio de público-privado de la negociación con EUA, en paralelo con el crecimiento económico que se experimentaba, fueron auspiciosos para continuar negociando tratados de libre comercio con otros socios comerciales relevantes, incurriendo en menores costos de transacción. La negociación con los Estados Unidos permitió definir más claramente intereses, líneas rojas y consolidar posiciones en nuevas negociaciones, suscribiéndose tratados con la Unión Europea, China, la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, por sus siglas en inglés), Chile, Singapur, México, Canadá, Japón, Corea del Sur, entre otros.

Hoy los tratados de libre comercio suscritos por Perú cubren más del 90 % del valor de comercio en exportaciones e importaciones del país (ver tabla 2), con casos como el de EUA en que las desgravaciones graduales de los plazos más largos están próximos a concluir.

---

<sup>13</sup> Promedio de valores de importaciones 2001-2003.

Actualmente, se están negociando tratados de libre comercio con India, Turquía, Nicaragua y El Salvador con distintos grados de avance. Asimismo, sigue en proceso de negociación la “optimización” del TLC con China y aquella dentro de la Alianza del Pacífico para establecer la condición de estados asociados de Australia, Nueva Zelanda, Singapur y Canadá, estando las negociaciones, en general, ralentizadas debido a sensibilidades empresariales. También hay una negociación concluida el 2011 con Guatemala, cuya entrada en vigencia está detenida por una disputa de Perú ante la (Organización Mundial del Comercio (OMC) con dicho país, debido a un problema de acceso de la azúcar blanca guatemalteca a Perú, relacionado a la franja agropecuaria de precios de dicho producto en Perú.

**Tabla 2**  
**Tratados de libre comercio suscritos por Perú**

| <b>Acuerdo comercial</b>                                                   | <b>Situación actual</b>                                                                                                                                     |
|----------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Zonas de libre comercio y Acuerdos de alcance parcial</b>               |                                                                                                                                                             |
| Comunidad Andina                                                           | En vigor desde 1992                                                                                                                                         |
| Cuba                                                                       | En vigor desde enero 2001                                                                                                                                   |
| South Market (MERCOSUR)                                                    | En vigor desde enero 2006                                                                                                                                   |
| Venezuela                                                                  | En vigor desde agosto 2013                                                                                                                                  |
| <b>Tratados de Libre Comercio</b>                                          |                                                                                                                                                             |
| Estados Unidos de América                                                  | En vigor desde febrero 2009                                                                                                                                 |
| Chile                                                                      | En vigor desde marzo 2009                                                                                                                                   |
| Canadá                                                                     | En vigor desde agosto 2009                                                                                                                                  |
| Singapur                                                                   | En vigor desde agosto 2009                                                                                                                                  |
| República Popular China                                                    | En vigor desde marzo 2010                                                                                                                                   |
| Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA)                                | En vigor desde julio 2011 con Suiza y Liechtenstein, desde octubre 2011 con Islandia, y desde julio 2012 con Noruega.                                       |
| Corea del Sur                                                              | En vigor desde agosto 2011                                                                                                                                  |
| Tailandia                                                                  | En vigor desde diciembre 2011                                                                                                                               |
| México                                                                     | En vigor desde febrero 2012                                                                                                                                 |
| Japón                                                                      | En vigor desde marzo 2012                                                                                                                                   |
| Panamá                                                                     | En vigor desde mayo 2012                                                                                                                                    |
| Unión Europea                                                              | En vigor desde marzo 2013                                                                                                                                   |
| Costa Rica                                                                 | En vigor desde junio 2013                                                                                                                                   |
| Alianza del Pacífico                                                       | En vigor desde mayo 2016 con Chile, Colombia y México.                                                                                                      |
| Honduras                                                                   | En vigor desde enero 2017                                                                                                                                   |
| Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) o TPP11 | En vigor para Perú desde septiembre 2019. Incluye a Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Singapur y Vietnam. |
| Australia                                                                  | En vigor desde febrero 2020.                                                                                                                                |
| Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte                         | En vigor desde diciembre 2020                                                                                                                               |

Fuente: MINCETUR y MEF.

## 6. RIESGOS SOBRE LA LIBERALIZACIÓN COMERCIAL

Luego de 32 años, desde el inicio de la liberalización unilateral comercial y el fuerte respaldo legal interno pareciera que los riesgos de una reversión significativos sean improbables, aunque nada está asegurado en un país de baja institucionalidad como Perú.

Del lado externo, la pandemia, el cambio climático y las tensiones geopolíticas entre algunos países desarrollados ha hecho que estos tiendan a mirarse más hacia dentro que fuera. Por ejemplo, en el caso de EUA, entre las medidas que funcionarios del gobierno de Biden proponen para «remodelar el régimen de comercio internacional» está dar prioridad a los bienes producidos en el país con cadenas de suministro nacionales.<sup>14</sup> Sin embargo, este tipo de políticas no tendría que afectar a una economía pequeña como Perú. Más relevante que una corriente altamente proteccionista mundial que

<sup>14</sup> WONG, Felicia. (16 de noviembre de 2021). The New Economics. How the U.S. and Its Allies Are Rewriting the Rules on Spending and Trade. *Foreign Affairs*. <<https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2021-11-16/new-economics>>.

contagie a Perú están los posibles efectos de la guerra de Rusia contra Ucrania, por ejemplo, en términos de restricciones de oferta de fertilizantes desde Rusia o costos para la economía por el aumento del precio del petróleo.

De otra parte está la posibilidad que surjan tendencias proteccionistas en el país. Por ejemplo, a inicios del gobierno del presidente Castillo, de la lectura del ideario político de Perú Libre —el cual incluye denuncia de los tratados de libre comercio, eliminación del trato no discriminatorio entre inversionista nacional y extranjero, mayor protección al agro, entre otros— podría esperarse algún grado de reversión de la política de comercio peruana. Sin embargo, al momento de escribir este capítulo solo ha habido dos propuestas populistas restrictivas del comercio internacional. Una la de instigar en el 2021 una tercera investigación de importaciones de prendas chinas con el fin de justificar la imposición de salvaguardias —en la práctica aranceles de importación a determinados productos desde varios orígenes de importación—, según el Acuerdo de Salvaguardias de la OMC. La otra es la de haber hecho el 2021 algunos cambios temporales en la metodología del sistema de franjas de precios agropecuarios aplicable a 48 subpartidas arancelarias relacionadas a maíz, azúcar, arroz y algunos productos lácteos, de efecto casi nulo en cuanto a aumento de los aranceles específicos aplicables a esos productos.

A la fecha de escribir este capítulo, pese a la inestabilidad política y la incertidumbre económica existentes dentro del país no pareciera existir contexto para que surjan nuevas propuestas populistas, por ejemplo, proponer aumentos de aranceles NMF, aprovechando que en el marco de la OMC se ha consolidado techos arancelarios de 30 % para todas las líneas arancelarias, excepto para poco más de una docena de líneas agropecuarias cuyo techo es de 68 %. De otra parte, retar el marco legal e institucional actual no solo generaría ineficiencias productivas y pérdidas de bienestar al consumidor, sino también costosas demandas de parte de las contrapartes de los tratados de libre comercio.

## 7. COMENTARIOS FINALES

El marco legal nacional actual y los acuerdos comerciales existentes constituyen elementos esenciales que han hecho que en Perú el arancel a importaciones NMF haya perdido progresivamente su uso como fuente recaudadora de impuestos y de protección a industrias nacientes o de protección temporal. Ciertamente, en el campo arancelario existen algunos sustitutos de protección más específicos como son las salvaguardias, los derechos *antidumping* y los derechos compensatorios bajo la normativa OMC, los cuales, por el momento, han sido de un uso limitado. Siendo una economía pequeña abierta, lo más conveniente para promover la eficiencia productiva y mejorar el bienestar del consumidor mantener la orientación de Perú hacia el libre comercio. Sin embargo, esta política es solo uno de varios medios para lograr el potencial de oportunidades que el libre comercio ofrece. Las otras condiciones necesarias para ello y para un mayor crecimiento económico son la mejora de las políticas públicas en infraestructura física, educación, seguridad jurídica, seguridad ciudadana, salud, anticorrupción, entre otros.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

BHAGWATI, Jagdish (ed.). (2002). *Going alone – the case for relaxed reciprocity in freeing trade*. Massachusetts: MIT Press.

WONG, Felicia. (16 de noviembre de 2021). *The New Economics. How the U.S. and Its Allies Are Rewriting the Rules on Spending and Trade*. *Foreign Affairs*. <<https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2021-11-16/new-economics>>.



## **LA CRISIS DEL TRANSPORTE MARÍTIMO EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA DE LA COVID-19 Y SUS EFECTOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL**

*Carlos Esteban Posada Uga\**

La pandemia causada por la COVID-19 desnudó la fragilidad del sistema logístico global, haciendo evidente que el esparcir las cadenas de abastecimiento a nivel global tenía una debilidad fundamental que hace difícil asegurar la disponibilidad de insumos, partes y piezas y bienes intermedios, así como la disposición de bienes finales en la oportunidad requerida por los fabricantes y consumidores. En el presente artículo trataremos sobre la crisis en el transporte marítimo internacional originada por la pandemia, usando como base los artículos y notas de prensa emitidos por el Instituto de Investigación y Desarrollo del Comercio Exterior de la Cámara de Comercio de Lima, del cual soy su director ejecutivo.

A fin de comprender adecuadamente los efectos que la pandemia ha causado en el transporte marítimo internacional, debemos recordar cuál era la situación de las compañías navieras entre los años 2015 al 2017 e inicios del 2018. En ese lapso, las compañías navieras competían ferozmente entre ellas para tener el control del mercado de transporte marítimo mundial. Hay que tener presente que casi el 90 % de las mercancías comerciadas internacionalmente se transportan por vía marítima. Esta situación de fuerte competencia mantuvo los costos de los fletes muy bajos, haciendo que varias navieras adelantaran sus planes para ir renovando sus flotas, enviando al deshuesadero naves de mediana dimensión y encargando la construcción de naves de mayor capacidad de carga de contenedores. Tal fue el ritmo de competencia observado, que la empresa naviera coreana Hanjin anunció en septiembre del año 2016 que se declaraba en quiebra, originando problemas en las cargas embarcadas en sus más de 140 naves, las cuales tuvieron dificultades de terminar sus travesías por no poder cancelar los gastos de las naves en los puertos.

Las compañías navieras se adaptaron a la situación del mercado internacional formando alianzas, de acuerdo con lo señalado por el portal web Mundo Marítimo (2017), las mismas que controlaban el 76 % del mercado mundial de transporte de mercancías. Las principales alianzas desde aquel entonces están conformadas por:

- 2M conformada por Maersk y Mediterranean Shipping Company (MSC), que controlaban en aquel entonces del 33,4 % del mercado.
- OCEAN ALLIANCE, conformada por CMA CGM, CSL, OOCL y Evergreen, las cuales en conjunto controlaban el 16 % del mercado.
- UASC, conformada por Hapag-Lloyd y Yang Ming.
- THE Alliance, conformada por las navieras japonesas K Line, MOL y NYK.

Sin embargo, con el transcurrir de los meses, la conformación de estas alianzas navieras se vio afectada por fusiones y adquisiciones realizadas en ese sector. Así, fuimos testigos de cómo Maersk adquirió Hamburg-Süd, CMA CGM adquirió la naviera NOL, mientras que las navieras COSCO y CSL se fusionaron.

---

\* Director ejecutivo del Instituto de Investigación y Desarrollo del Comercio Exterior de la Cámara de Comercio de Lima.

Las alianzas navieras o alianzas oceánicas representan acuerdos de cooperación entre los transportistas oceánicos para cubrir diferentes rutas comerciales gracias a la cooperación de sus miembros a escala global. Estas alianzas ayudan también a encarar los costos operativos en forma más eficiente, pues los costos de la operación del propio barco más los costos portuarios pueden ser gestionados en forma más adecuada para absorber las pérdidas y aumentar las ganancias, permitiendo con ello expandir la cobertura geográfica.

Como todo esquema comercial, el tiempo es el que determina la solidez de estas alianzas. Por lo que a la fecha se puede afirmar que son solo 3 las alianzas que dominan el transporte internacional de mercancías a nivel global en estos días:

- THE Alliance
- OCEAN ALLIANCE
- 2M Alliance

Estas alianzas aglomeran un aproximado del 77,2 % de la capacidad mundial de contenedores y en las rutas este-oeste controla el 96 % de la capacidad de contenedores, de acuerdo a lo señalado por la empresa consolidadora de carga ShipLlilly (2020).

A esto hay que agregarle la situación generada por el Gobierno de los Estados Unidos, bajo la presidencia de Donald Trump, quien impulsó la aplicación de sobretasas a las importaciones de productos de origen chino debido a la balanza comercial deficitaria que mantenía con dicho país, hecho que impactó en el comercio mundial y que tuvo sus repercusiones tanto para China como para otros países europeos, así como para los propios norteamericanos, país en el que muchas de sus industrias dependían de los suministros de China y de las compras que ese país hace de sus producciones, situación que a la fecha ya se ha dejado de lado por la actual Administración.

Cuando a finales del mes de enero del año 2020 se hacía pública en China, la fábrica del mundo (The Economist, 2020), la aparición de una nueva enfermedad respiratoria de rápida propagación y sin tratamiento efectivo, el mundo quedó inicialmente impactado por las medidas tomadas por las autoridades del gobierno de China, las cuales dispusieron la inmovilización y cuarentena de poblaciones enteras, comenzando con Wuhan y extendiéndose luego a otras partes del territorio chino. Esto incluyó el cierre de centros productivos a nivel nacional, situación que inicialmente no fue dimensionada en el resto del mundo, debido a que para la fecha en que se hizo público el problema de salubridad se acercaba el inicio del año lunar chino, el cual implica el cierre de fábricas y de operaciones de muchas empresas en dicho país, afectando la cadena de suministros global, dado que muchas empresas de occidente dependen de los envíos de insumos, bienes intermedios y bienes finales desde China, por las grandes inversiones hechas por empresarios occidentales en desarrollar centros de producción en ese país, así como en otros países del sudeste asiático.

Las medidas dispuestas por las autoridades del gobierno chino impactaron en el transporte internacional de mercancías, originando retrasos en los embarques programados desde dicho país, así como los cierres de puertos dificultaron la descarga de los contenedores con carga desde occidente y también los contenedores vacíos.

A las acciones del Gobierno chino siguieron las acciones tomadas por otras naciones del sudeste asiático, las cuales impusieron estrictas medidas de cuarentena para las naves que hubieran realizado escalas en los puertos de China.

Conforme se expandió la enfermedad y luego fue declarada pandemia por la Organización Mundial de la Salud (Pan American Health Organization, 2020), los gobiernos alrededor del planeta fueron tomando medidas de restricción cada vez más fuertes, llegando a cuarentenas nacionales en muchos



países, incluido el Perú. Esto conllevó a la paralización mundial de actividades económicas, con excepción de las esenciales, y tuvo su correlato en el transporte marítimo de mercancías, en donde se redujeron en gran medida las operaciones marítimas a escala global. Conforme transcurrieron los meses, hacia el segundo semestre del año 2020, aproximadamente en el mes de septiembre, las actividades económicas a nivel mundial se fueron recuperando, paulatinamente, con muchas restricciones originadas ahora como consecuencia de la expansión de la enfermedad. Muchos puertos en el mundo se vieron con problemas para la movilización de las cargas debido a la falta de personal en sus instalaciones para el manejo de las mismas, así como la falta de capacidad para el recojo de las mismas por las empresas importadoras, la falta de capacidad de almacenes en muchos países, así como las medidas de cuarentena que se aplicaron sobre las naves al detectarse casos de tripulantes enfermos, lo que implicaba que las naves no podían acoderar en los muelles para iniciar sus operaciones de descarga y carga. También se dio el caso de naves que tuvieron problemas, durante dichas cuarentenas, para el abastecimiento de alimentos para sus tripulantes.

Otro de los hechos relevantes es la confusión que causó en el mundo la falta de contenedores en el sudeste asiático y el exceso de contenedores vacíos en los Estados Unidos y Europa, lo que llevó a pensar que se requerían fabricar más contenedores. Un hecho que se debe tener presente es que la fabricación de los contenedores se realiza masivamente en China, por economía de escalas y que los precios de los nuevos contenedores se elevaron, aunque no en gran medida.

Las navieras, en respuesta a las pérdidas iniciales debido a la paralización de las actividades económicas a nivel global, procedieron, inicialmente, a cancelar viajes a fin de asegurar la mayor cantidad de carga en la oportunidad en que se pudiera llegar a recogerlas desde los puertos del sudeste asiático con destino al resto del mundo. De otro lado, debido a las medidas de confinamiento impuestas en muchos países, los costos de las sobreestadías y detenciones fueron distribuidas entre los dueños de las cargas transportadas, costos que fueron trasladados a los precios de las mercancías transportadas.

Otro hecho de gran relevancia en el transporte marítimo mundial que debemos tener en consideración es el incidente de la nave *Ever Given* de la naviera *Evergreen*, buque portacontenedores con capacidad para transportar 20.000 TEU, en su ruta desde el puerto de Tanjung Pelepas, en Malasia, hacia el puerto de Rotterdam, en Países Bajos, a su paso por el canal de Suez, el 23 de marzo del año 2021, encalló en diagonal en el canal, bloqueando el paso en ambos sentidos, debido a la acción de fuertes vientos y una tormenta de arena. Esto provocó el atascamiento de unas 200 naves en el canal y un número aun mayor en ambas entradas de este. El barco fue liberado hacia el día 29 de marzo, pero los problemas que generó este incidente tuvieron repercusiones globales que se sintieron a lo largo del año 2021. En un artículo del bróker internacional de seguros Marsh (2021), se resalta que el canal de Suez es una de las rutas marítimas más importantes del mundo, con un movimiento anual de más de 19 000 barcos, siendo pase obligado de al menos un 12 % del comercio mundial. El incidente causó que tanto los barcos en el canal como aquellos en los ingresos al mismo tuvieran que cambiar sus itinerarios, en algunos casos hubo naves que cambiaron sus rutas, con un mayor gasto de combustible, que fue asumido por los dueños de las cargas, además de agregar mayor cantidad de días en la navegación (entre 7 y 15 días), causando problemas en las cadenas de suministro.

En cuanto a las acciones que tuvieron que adoptar las empresas navieras figuran el cambio de puerto de destino de muchas cargas, debido a que las navieras tenían que recuperar el tiempo perdido. Esto causó que muchos dueños de carga no supieran la ubicación de sus contenedores en algunos casos semanas después del incidente. En otros casos, se cancelaron recaladas desviándose las naves otros puertos programados en las travesías. Originó también una falta de disponibilidad de contenedores, por la cantidad de estos atascados en el canal.

De otro lado, las navieras fueron adaptando sus planes para la renovación de sus flotas según las necesidades del mercado. De acuerdo con una nota informativa elaborada en el Instituto de Investigación y Desarrollo de Comercio Exterior - Idexcam para el Consejo Directivo de la Cámara de Comercio de Lima del 7 de junio de 2021, los informes de prensa indicaban un continuo aumento en

el crecimiento de las órdenes de fabricación de naves mercantes en Corea del Sur, el principal país proveedor de naves en el mundo.

Se reportó que en la primera mitad del año 2021 las órdenes de fabricación se septuplicaron en comparación a lo alcanzado en el año 2008, llegando a totalizar 1,09 millones de toneladas.

Las principales constructoras navales de Corea del Sur, Korea Shipbuilding & Offshore Engineering y Samsung Heavy Industries, anunciaron un aumento en la cantidad de nuevas órdenes de fabricación de naves, tanto de aquellas propulsadas por LNG como las convencionales.

Las navieras que más nuevas órdenes colocaron para el mes de mayo del 2021 fueron CMA-CGM, que ordenó 22 nuevas naves, de las cuales 12 serán propulsadas por LNG, se tratan de naves portacontenedores de mediana capacidad (entre 13 000 y 15 000 TEU), mientras que Mediterranean Shipping Company - MSC se encuentra comprometida en una política agresiva de expansión del tamaño de su flota, la cual también incluye la compra de naves de segundo uso.

Las implicancias de esas nuevas órdenes de contratación para el mercado de naves mercantes son predecibles. Se espera que a lo largo del 2022, el mercado mundial de transporte marítimo mantendrá la escasez de naves y equipos para el transporte de mercancías, pero es factible que esta bonanza no dure por muchos años más y que, probablemente, no supere el año 2024, considerando que entre los años 2023 y 2024 estas nuevas naves se incorporarán a sus respectivas flotas.

De acuerdo a Alphaliner, página web especializada en información marítima mundial, a través de su *top 100*, se puede observar el desarrollo de la consolidación de las empresas navieras a mediados del año 2021, donde se reportaba una existencia mundial de 6220 naves activas en el mundo para el transporte de contenedores que movilizan 24 705 451 TEU, con una capacidad de carga de 297 010 321 DWT, con una capacidad regional de transporte semanal de 144 917 TEU en la ruta Trans-Atlántica; 587 931 TEU en la ruta Trans-Pacífica; y, 432 395 TEU en la ruta Lejano Oriente-Europa.

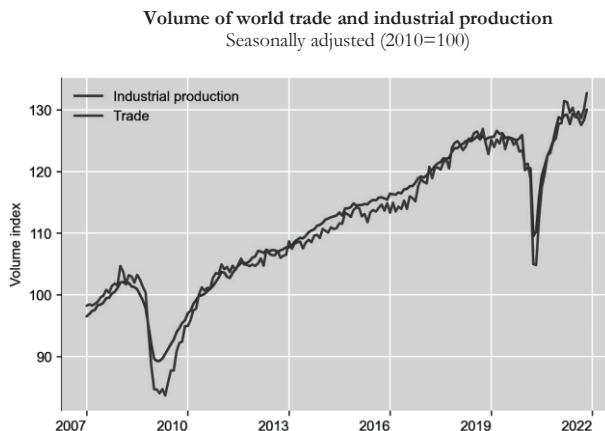
#### Top 10 líneas navieras, total de TEU y naves

| Ranking        | Naviera                          | Total             |             |
|----------------|----------------------------------|-------------------|-------------|
|                |                                  | TEU               | Naves       |
| 1              | Maersk                           | 4 149 617         | 715         |
| 2              | MSC                              | 4 027 311         | 606         |
| 3              | COSCO Group                      | 3 002 923         | 495         |
| 4              | CMA CGM Group                    | 3 002 231         | 543         |
| 5              | Hapag-Lloyd                      | 1 783 928         | 260         |
| 6              | ONE (Ocean Network Express)      | 1 587 358         | 218         |
| 7              | Evergreen Line                   | 1 350 300         | 201         |
| 8              | HMM Co Ltd                       | 810 172           | 78          |
| 9              | Yang Ming Marine Transport Corp. | 619 447           | 87          |
| 10             | Wan Hai Lines                    | 410 512           | 146         |
| Otras navieras |                                  | 3 961 652         | 2871        |
| <b>Total</b>   |                                  | <b>24 705 451</b> | <b>6220</b> |

Fuente: Alphaliner. Elaboración: Idexcam. Datos actualizados al 16/06/2021.

Todos estos acontecimientos impulsaron a lo largo del año 2021 un alza progresiva y constante de los fletes marítimos internacionales. Así, de acuerdo a un *paper* elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE (2022):

[...] si bien es cierto que el año 2020 fue marcado por la más larga reducción del comercio desde la Segunda Guerra Mundial, el descenso, tanto de la producción industrial mundial como del comercio de bienes, fue tan profundo como los causados por la Crisis Financiera Global del año 2008, estos desaparecieron más rápido, permitiendo una recuperación en forma de V hacia finales de dicho año. El comercio siguió recuperándose y creciendo sólidamente, durante el 2021 y ha compensado en parte las pérdidas acumuladas en el año precedente.



Source: OECD calculations based on CPB World Trade Monitor.

Hasta aquí hemos podido reseñar los efectos causados por la pandemia y la subsiguiente crisis en el transporte marítimo de mercancías, pero ahora nos ocuparemos de los efectos que esto ha tenido en algunas industrias. En septiembre del año 2021, el Idexcam publicó un artículo en la revista de la Cámara de Comercio (Posada, 2021):

Durante el año 2020 la demanda de automóviles nuevos cayó, por lo que el descenso en sus ventas y la consecuente suspensión de buena parte de la producción hicieron que las empresas redujeran sus pedidos de chips semiconductores. Esta oferta sobrante se redirigió a la industria de electrónicos de consumo, como laptops y *tablets* para la educación y el trabajo desde el hogar, además de dispositivos de entretenimiento como televisores inteligentes y videoconsolas. También los operadores de computación en la nube, que son grandes consumidores de chips de alta gama, se apresuraron a añadir servidores.

Esto trajo como consecuencia que cuando las actividades de producción de automóviles se reanudaron en el mundo, las principales compañías fabricantes y proveedoras de semiconductores no pudieron seguir surtiendo los tan necesitados semiconductores y chips para los vehículos. La respuesta fue que varios fabricantes de vehículos en los Estados Unidos y Europa se vieran obligados a suspender la producción de vehículos de alta gama, por el extenso uso de semiconductores que estos suponen, concentrándose en vehículos de media gama, en tanto pasara la crisis.

En tanto, en la industria de la tecnología, Statista, portal de estadísticas en línea, reportó que, en los primeros meses de 2021, la producción de MacBook en Apple sufrió retrasos por la escasez mundial de chips. De la misma manera, Sony vio afectado el suministro de su último modelo de consolas, la PlayStation 5, mientras que los jugadores de PC se enfrentaron a la oferta limitada de unidades de procesamiento gráfico (GPU), la cual fue agravada por el incremento de la minería de criptomonedas. (Posada, 2021)

Por otra parte, según un artículo de la página especializada en video juegos Nintendolife (Whitehead, 2021):

One major company in the technology manufacturing industry, Toshiba, has now outlined that it expects supply issues to run well into next year. As reported by Bloomberg Takeshi Kamebuchi, a «director in charge of semiconductors at one of the company's units», highlighted that its video game customers are among those most concerned about the issues.

De lo señalado, queda claro que es muy probable que la demanda de chips semiconductores crezca a largo plazo, debido a que la digitalización se ha acelerado producto de la pandemia, el ciclo de actualización del 5G en el mercado inalámbrico y la necesidad de chips más avanzados para las aplicaciones de Inteligencia Artificial (IA) y el aprendizaje automático, y la computación en la nube, entre otros.

En cuanto a los fletes, como se mencionó al principio, estos eran bajos antes del inicio de la crisis originada por la pandemia y sus valores se mantuvieron con ligeras alzas hasta el mes de septiembre del año 2020, en donde la recuperación de las principales economías mundiales inició su impulso. En dicho mes la tarifa promedio por transporte de contenedor de carga seca desde los puertos del Asia hacia la costa oeste de los Estados Unidos era de unos US\$ 6000; sin embargo, debido al rápido crecimiento de la demanda de transporte, impulsado por la creciente demanda del comercio electrónico en el mundo, mezclado con el incremento de los cierres de puertos en el sudeste asiático, la costa oeste de los Estados Unidos y problemas para el transporte ferroviario de las cargas hacia el interior de dicho país llevaron a las navieras a elevar paulatinamente los costos de los fletes, llegando, hacia marzo del año 2021, a elevarse el flete a un promedio de US\$ 5600 por contenedor de 40'. Sumado a ello, el hecho de que las navieras, a fin de incentivar el retiro de la carga de los puertos, anunciaron el recorte de los días libres y el aumento en los costos por conceptos de sobreestadia de los contenedores. A la fecha (06/04/2022) por el mismo contenedor de 40' la tarifa llega a los US\$ 15 834 (un 182,75 % adicional en tan solo 1 año).

También, debido a los continuos cierres de puertos en China, donde adoptaron la política de cero covid, se produjo el cierre de las instalaciones portuarias al detectarse casos de covid entre el personal que labora en los puertos, iniciándose medias estrictas de exigencia de exámenes de descarte para los transportistas terrestres que ingresan y salen de los puertos, llevó a la cancelación de recaladas, la acumulación de carga y dificultades para el cumplimiento de los plazos de entrega. Esto fue utilizado por las navieras para iniciar el cobro de las llamadas *premium rates* que son sobrecostos a los embarcadores para asegurar que sus contenedores serán cargados en las naves en las cuales tienen reservas y que, en muchas ocasiones, según testimonios de operadores logísticos, no aseguraba al 100 % que dicho embarque se realizara. Estas *premium rates* oscilaban entre los US\$ 200 y los US\$ 2000, según las circunstancias y las rutas.

En el país, se sabe de problemas para el embarque de cargas de exportación del sector agro que, habiendo reservado y pagado con antelación por el transporte de contenedores destinados al Reino Unido, en abril del año 2021 la naviera comunicó a solo días del embarque que se debía cancelar un adicional para asegurar el embarque de la carga, adicional que ascendía a unos US\$ 500, los cuales tuvieron que ser pagados por el exportador peruano. También se tiene conocimiento de otras cargas de exportación, las cuales, ya estando dentro de los contenedores y estando estos en el almacén antes de su embarque, fueron cambiados de nave, hasta en 3 oportunidades en un periodo de 35 días, lo que originó que el comprador, ubicado en Brasil, desistiera de la compra, con el consiguiente perjuicio del exportador peruano y adicional a ello, la naviera pretendió cobrar por el uso de los contenedores, a pesar de que su no embarque obedecía a responsabilidad enteramente de la propia naviera.

De todo lo señalado podemos concluir que la pandemia desnudó la fragilidad de la cadena de suministro mundial, dejando en claro que el depender de cadenas de suministros ubicadas en países lejanos puede alterar la capacidad de producción de las industrias en todo el mundo. Del mismo modo, esta situación permitió a las compañías navieras, en especial a las principales, generar ganancias inimaginadas antes del año 2020, llegando inclusive, en algunos casos, a cuadruplicar sus ingresos en el año

2021, en comparación con años previos. Del mismo modo, permitió a estas compañías navieras a expandir sus negocios mediante la adquisición de empresas de distribución logística, con lo cual han podido ofrecer el servicio de puerta a puerta y ya no solo de puerto a puerto. Del mismo modo, esto les ha permitido a navieras como Maersk a incursionar en el transporte aéreo de mercancías, con la adquisición de compañías de transporte de carga aérea tanto en Estados Unidos como en Europa, aunque no alcanzan el tamaño de la flota de la compañía alemana DHL, pero hace interesante ver el desarrollo de esta rama del negocio.

## REFERENCIAS

BOROSKI MENDOZA, Ashley. «¿Qué son las alianzas entre navieras y cuál es su importancia?». En *ShipLilly, Shipping & Logistics Blog*, 21 de enero de 2020. Recuperado de <<https://www.shiplilly.com/es/blog/que-son-las-alianzas-entre-navieras-y-cual-es-su-importancia/>>.

MARSH. *Ever Given: A catastrophic incident or near miss*. 17 de agosto de 2021. Recuperado de <<https://www.marsh.com/jp/en/industries/marine/insights/ever-given-a-catastrophic-incident-or-near-miss.html>>.

MUNDOMARÍTIMO. «Una mirada al impacto de las alianzas navieras globales». En *Mundo Marítimo. Información Marítima de Latinoamérica*, 12 de junio de 2017. Recuperado de <<https://www.mundomaritimo.cl/noticias/una-mirada-al-impacto-de-las-alianzas-navieras-globales>>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS - OCDE. *OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19). International trade during the COVID-19 pandemic: Big shifts and uncertainty*. 10 de Marzo de 2022. Recuperado de <<https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/international-trade-during-the-covid-19-pandemic-big-shifts-and-uncertainty-d1131663/#:~:text=Abstract,specific%20sectors%20and%20supply%20chains.>>>.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *WHO characterizes COVID-19 as a pandemic*. 11 de marzo de 2020. Recuperado de <<https://www.paho.org/en/news/11-3-2020-who-characterizes-covid-19-pandemic>>.

POSADA UGAZ, Carlos Esteban. «Los efectos de la escasez de chips semiconductores». *La Cámara*, 20 de septiembre de 2021. Recuperado de <<https://lacamara.pe/los-efectos-de-la-escasez-de-chips-semiconductores/>>.

THE ECONOMIST. *China is the world's factory, more than ever. Its export share has expanded during the pandemic*. 23 de junio de 2020. Recuperado de <<https://www.economist.com/finance-and-economics/2020/06/23/china-is-the-worlds-factory-more-than-ever>>.

WHITEHEAD, Thomas. «Toshiba Sounds Alarm About Ongoing Chip Supply Issues». En *Nintendolife*, 3 de septiembre de 2021. Recuperado de <[https://www.nintendolife.com/news/2021/09/toshiba\\_sounds\\_alarm\\_about\\_ongoing\\_chip\\_supply\\_issues?msclkid=bfca9c33b5fe11ec87f2e9d209ee9ab4](https://www.nintendolife.com/news/2021/09/toshiba_sounds_alarm_about_ongoing_chip_supply_issues?msclkid=bfca9c33b5fe11ec87f2e9d209ee9ab4)>.



## TRATAMIENTO DEL IGV APLICABLE A LA EXPORTACIÓN DE BIENES

*Oscar Vásquez Nieva\**

**Sumario:** 1. Antecedentes.— 2. Exportaciones.— 3. Ley General de Aduanas.— 4. Los principios del Impuesto General a las Ventas: consumo y territorio.— 5. El saldo a favor del exportador.— 6. Otras operaciones consideradas como exportación.— 7. Bibliografía.

### 1. ANTECEDENTES

En nuestro país existe una regulación especial para las exportaciones que apunta a: i) superar la doble tributación en el caso de los impuestos al consumo; y, ii) hacer más competitiva la oferta exportable nacional. En efecto, se busca evitar la doble tributación en el caso de los impuestos al consumo, porque si en el Perú se gravase la exportación con la imposición al consumo general, y en el país de destino se aplicasen también estos tributos en la importación de las mercancías, se manifestaría una indeseable doble incidencia sobre la operación transfronteriza en razón a los diferentes criterios de imposición que existen entre las jurisdicciones involucradas.

Por su parte, en relación con la competitividad de la oferta exportable nacional, la doble imposición señalada, además, tendrá como efecto la disminución en la demanda del producto debido al incremento de su precio por los tributos que la han gravado tanto en el Perú como en el país de destino acumulativamente, lo cual va a ocasionar un perjuicio en la oferta exportable con los consiguientes detrimentos en la economía del país.

Al respecto, en el Perú, el marco legal que rige el comercio exterior está conformado, primero, por nuestra Constitución Política que protege el libre comercio exterior; luego, en el nivel legal, tenemos el Decreto Legislativo n.º 668, Ley Marco del Comercio Exterior, que liberaliza las operaciones de comercio exterior e interior como condición fundamental para el desarrollo del país y deja sin efecto cualquier prohibición o restricción para la importación y exportación de bienes, sin perjuicio de las medidas de prevención y protección de la salud pública, medio ambiente, orden sanitario, flora y fauna silvestre, patrimonio cultural y defensa de la moral, y la seguridad interna y externa. Asimismo, tenemos la Resolución Legislativa n.º 26407 que aprobó e incorporó a nuestra legislación el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda de Uruguay; y a nivel reglamentario, el Decreto Supremo n.º 060-91-EF que dejó sin efecto el Registro Unificado de Exportación, por lo cual a partir de la vigencia de esta norma las personas naturales y jurídicas podemos realizar operaciones de exportación en el Perú sin el requisito de estar previamente registrado como tales, entre otras normas. Asimismo, es importante mencionar la Ley General de Aduanas, cuya versión vigente fue aprobada por el Decreto Legislativo n.º 1053, y a su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 010-2009-EF.

De otro lado, tenemos como sectores competentes al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur), el cual, de acuerdo con la Ley n.º 27790, Ley de Organización y Funciones del Mincetur, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior y de turismo (excepto

---

\* Consultor en comercio exterior y aduanas. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magister en Comercio Exterior y Aduanas por la Universidad de Canberra (Australia). Docente de la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL). Expracticante y ex asistente legal del Estudio Guzmán-Barrón entre 1998 y 2002.

en materia arancelaria), y tiene la responsabilidad en materia de la promoción de las exportaciones y de las negociaciones comerciales internacionales, en coordinación con los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía y Finanzas, y los demás sectores del Gobierno en el ámbito de sus respectivas competencias.

Por su parte, de acuerdo con el Decreto Legislativo n.º 183, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) planea, dirige y controla los asuntos relativos a la política aduanera, y le corresponde planear, dirigir y controlar los asuntos relativos a la política arancelaria, en coordinación con el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, y con el ministro del sector interesado, cuando corresponda.

## 2. EXPORTACIONES

De acuerdo con Daniels,<sup>1</sup> la exportación es el envío fuera del país de productos tangibles (bienes). Asimismo, nos dice que las exportaciones pueden ser de dos tipos: i) exportaciones directas: cuando los bienes se venden a una parte independiente fuera del país de origen del exportador, y, ii) exportaciones indirectas: cuando los bienes se venden a un intermediario en el mercado nacional, el cual, a su vez, revende los bienes en el mercado de exportación.<sup>2</sup>

## 3. LEY GENERAL DE ADUANAS

El tratamiento legal de las exportaciones en el Perú se inicia con la definición que tenemos en el artículo 54 de la Ley General de Aduanas, el cual establece que la exportación se configura cuando los bienes salen del territorio aduanero para ser usados o consumidos definitivamente en el exterior. En tal sentido, podemos resaltar sus dos componentes principales: i) la salida fuera del territorio de los bienes; y, ii) su consumo en el exterior.

Asimismo, la Opinión Consultiva 14.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana de la OMC, define el concepto de exportación como “la acción de sacar del territorio aduanero cualquier mercancía”.

De otro lado, cabe señalar que, generalmente, a la operación de exportación subyace una operación comercial de compraventa internacional, la cual, a diferencia de la compraventa local, generará un traslado de bienes desde el territorio de un país a otro, que pasan del exportador-vendedor al importador-comprador a través de varios operadores que forman parte de la cadena logística del comercio internacional: agentes de aduanas, almacenes, transportistas, agentes de carga, etc.

Ahora bien, según lo expuesto en la Ley General de Aduanas, existen varios regímenes que regulan la salida de bienes del país,<sup>3</sup> pero solo uno en el cual esta se produce para su consumo o uso definitivo en el exterior: la exportación definitiva, la cual se encuentra definida en el artículo 60 de esta Ley como el «régimen aduanero que permite la salida del territorio aduanero de las mercancías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo definitivo en el exterior».

<sup>1</sup> DANIELS, John D.; RADEBAUGH, Lee H. y Daniel P. SULLIVAN. *Negocios internacionales. Ambientes y operaciones*. México D. F.: Pearson Educación de México, 2013, p. 20.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 506.

<sup>3</sup> Así, tenemos también, de acuerdo con el artículo 64 de la Ley General de Aduanas, a la exportación temporal para reimportación en el mismo estado, que es el régimen aduanero que permite la salida temporal del territorio aduanero de mercancías nacionales o nacionalizadas con la finalidad de reimportarlas en un plazo determinado, sin haber experimentado modificación alguna, con excepción del deterioro normal por su uso. También, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley General de Aduanas, tenemos a la exportación temporal para perfeccionamiento pasivo, que es el régimen aduanero mediante el cual se permite la salida temporal del territorio aduanero de mercancías nacionales o nacionalizadas para su transformación, elaboración o reparación y luego reimportarlas como productos compensadores en un plazo determinado. Finalmente, de acuerdo con el artículo 96 de la Ley General de Aduanas, tenemos al reembarque, que es el régimen aduanero que permite que las mercancías que se encuentran en un punto de llegada, en espera de la asignación de un régimen aduanero, puedan ser reembarcadas desde el territorio aduanero con destino al exterior.



Operativamente hablando, la Ley General de Aduanas dispone que este régimen debe ser tramitado en un máximo de 30 días calendario contados desde la fecha de numeración de declaración de aduanas hasta su embarque dentro del medio de transporte para su salida al exterior, contando el exportador con un plazo adicional de 30 días calendario a partir de la culminación del embarque para su regularización mediante la presentación del documento de transporte y otra documentación y/o información que solicite la autoridad aduanera.

En este sentido, el inciso d) del artículo 60 del Reglamento de la Ley General de Aduanas señala que para tramitar el Régimen de Exportación Definitiva es necesario contar con la siguiente documentación (mínima):

- Declaración aduanera de mercancías.
- Documento de transporte.
- Factura o boleta de venta, o una declaración jurada del valor del bien en caso de que no exista una venta subyacente.

Asimismo, según lo señalado en el artículo 81 de este Reglamento, el valor a declarar para las mercancías exportadas es su valor FOB expresado en dólares de los Estados Unidos de América, pero en caso el valor se encuentre expresado en otra moneda, este deberá de convertirse a dólares de los Estados Unidos de América utilizando el factor de conversión monetaria publicado por la Sunat vigente a la fecha de la numeración de la declaración.

#### **4. LOS PRINCIPIOS DEL IMPUESTO GENERAL A LAS VENTAS: CONSUMO Y TERRITORIO**

Desde la perspectiva del derecho tributario, el poder tributario de los Estados se proyecta sobre aquellos hechos impositivos con los que guarda algún elemento de conexión, lo cual permite justificar el ejercicio de su poder de imposición. Este elemento o criterio de conexión permite, además, delimitar debidamente el alcance del poder tributario del Estado.

Tradicionalmente, tratándose de los tributos que tienen por objeto el tráfico de bienes (tributos de naturaleza real) este elemento de conexión es el lugar donde se realiza el hecho imponible (principio de territorialidad), a diferencia de los tributos que inciden sobre la obtención de renta (tributos de naturaleza personal), en donde el criterio de sujeción no es de tipo objetivo, sino subjetivo (residencia o domicilio, por ejemplo).

En relación con ello, nuestro Impuesto General a las Ventas (en adelante, IGV) es un impuesto indirecto que pretende gravar el consumo (como expresión de riqueza), por lo cual pertenece a la especie de impuestos que tienen por objeto el tráfico mercantil de bienes y servicios, por lo cual el principio de territorialidad preside su aplicación.

En tal sentido, el principio de territorialidad está claramente recogido en nuestra regulación del IGV en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley del IGV e Impuesto Selectivo al Consumo (en adelante, la Ley del IGV), aprobado mediante Decreto Supremo n.º 055-99-EF, el cual, al regular el ámbito de aplicación de este impuesto, señala que constituyen operaciones gravadas, entre otros: la venta de bienes muebles en el país (inciso a), la prestación de servicios en el país (inciso b) y la importación de bienes (al país - inciso e), así como los contratos de construcción (inciso c) y la primera venta de inmuebles que realicen los constructores de los mismos (inciso d), cuyo perfeccionamiento se produce (se entiende) en territorio nacional.

Sin perjuicio de ello, a fin de establecer los parámetros de esta territorialidad, la lectura del artículo 1 debe concordarse con la del primer párrafo del artículo 33 de la misma Ley del IGV, la cual

dispone que la exportación de bienes y servicios, así como los contratos de construcción ejecutados en el exterior no están afectos al IGV.

En vista de ello, se concluye además que el legislador peruano ha optado para la aplicación del IGV, por el denominado Principio de imposición en el país de destino».

Al respecto, debemos mencionar que en materia de imposición indirecta sobre el comercio internacional o transfronterizo, a fin de evitar la ocurrencia de una doble imposición, se han generado dos usos o prácticas para determinar cuál debe ser el Estado que va a percibir el gravamen al consumo proveniente de una transacción interjurisdiccional.<sup>4</sup>

El primero de ellos, denominado principio de «imposición en el país de origen», considera que solamente debe aplicarse el gravamen al consumo en el país en el que se hubiera fabricado o producido el bien. Como consecuencia de ello se grava con el impuesto la exportación y, correlativamente, se inafecta la importación.

Por su parte, en virtud del principio de «imposición en el país de destino», el Estado en donde se grava la operación transfronteriza es aquel en donde ocurre el consumo del bien, por lo tanto no se grava la exportación con el impuesto del país de producción, pero se grava la importación de bienes producidos en el exterior.

En relación con ello, podemos ver en la legislación comparada que los países optan mayoritariamente por la aplicación del principio de «imposición en el país de destino» ya que se le considera el más idóneo para el adecuado funcionamiento del comercio exterior,<sup>5</sup> por cuanto contribuye con la neutralidad fiscal en las transacciones de comercio internacional, en la medida que elimina las diferencias o distorsiones que genera la variedad de sistemas de imposición de cada país, procurando colocar en igualdad de tratamiento a los bienes nacionales y a los importados.

En tal sentido, tratándose de bienes provenientes del exterior, la primera operación gravada con el IGV será la importación aduanera de la mercancía. Antes de dicha oportunidad, las eventuales transferencias que puedan realizarse respecto del bien extranjero no se encontrarán gravadas con el IGV, ya que es recién cuando se ha realizado el procedimiento aduanero de importación para el consumo, que se adquiere la certeza de que el bien será destinado para su consumo en el Perú y, como consecuencia de ello, pasa a ser mercancía nacionalizada, adquiriendo solo entonces, competencia el Estado para gravar sus sucesivas transferencias, en cumplimiento del criterio de «imposición en el país de destino».

Por ello, en el caso de mercancías de origen extranjero no basta su mera ubicación física en el territorio nacional para que dicha venta resulte gravada con el IGV, sino que se exige además que haya sido previamente importada en forma definitiva, bajo el régimen aduanero de importación para el consumo. Por ello, el cuarto párrafo del inciso a) del numeral 1 del artículo 2 del Reglamento de la Ley del IGV señala que tratándose de bienes muebles no producidos en el país se entenderá que se encuentran ubicados en el territorio nacional cuando hubieran sido importados en forma definitiva.

Dicho criterio ha sido reiterado por el Tribunal Fiscal, por ejemplo, en su Resolución (en adelante RTF) n.º 631-1-99, en la cual el colegiado ha señalado: «[...] para que los bienes se consideren ubicados dentro del territorio nacional deben haber sido nacionalizados, es decir liquidados los derechos aduaneros mediante la póliza de importación respectiva, por lo que en tanto ello no ocurra y los bienes se mantengan en el recinto aduanero, no son considerados dentro del territorio nacional».

<sup>4</sup> FENOCHIETTO, Ricardo. *El impuesto al valor agregado*. Buenos Aires: La Ley, 2007, pp. 1147-1148: «Respecto a la vinculación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, en materia de comercio internacional o interjurisdiccional, rigen dos criterios en cuanto a qué Estado debe percibir los impuestos al consumo: el de destino y el de origen».

<sup>5</sup> VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walker. *Manual del IGV, régimen general y especiales*. Lima: Pacífico Editores, 2014, p. 477.

Asimismo, dicho Tribunal señaló mediante la RTF n.º 929-5-97: «[...] las ventas que motivaron el reparo fueron efectuadas antes de su despacho a consumo, debiendo entenderse realizadas fuera del país y no comprendidas en el campo de aplicación del impuesto, no pudiendo ser consideradas como no gravadas a efectos de la prorrata».

En tal sentido, teniendo en cuenta ambas RTF, se puede desprender que para que la mercancía proveniente del exterior se entienda «ubicada dentro de territorio nacional» (y, por ende, la venta de esta se considere efectuada en el país y gravada con el IGV), no solo importa la «ubicación física» de la misma, sino además su Estatus jurídico, es decir, si el bien fue nacionalizado, es decir, declarado al régimen aduanero de importación para el consumo.

Así, las transferencias de propiedad hechas antes de que el bien extranjero sea nacionalizado serán consideradas como efectuadas fuera del territorio nacional (no imponibles), aun cuando las mismas pudiesen estar ubicadas físicamente dentro del territorio nacional, en la Zona Primaria<sup>6</sup> aduanera, por ejemplo.

Por el contrario, una vez que un bien nacional (o nacionalizado) sea objeto de una exportación definitiva, debería encontrarse excluido del ámbito de aplicación del IGV, en atención a que el bien será consumido en el exterior. Es decir, la realización de una operación de exportación determina que la subyacente venta de bienes se inafecte del IGV.

Cabe mencionar que, adicionalmente, el exportador, además de desgravar sus ventas al exterior, adquiere el derecho al reintegro del IGV que hubiera gravado sus adquisiciones a través del denominado «saldo (del IGV) a favor del exportador», lo cual significa que el Estado (del país de origen del bien, Perú en este caso) devolverá los montos de IGV que haya percibido en las etapas comerciales anteriores a la exportación de la mercancía, consiguiéndose así que el bien concurra al mercado exterior, libre de gravámenes al consumo que pudieran afectar la composición de su precio y su competitividad.

Cabe mencionar que hasta antes del año 2012, si bien el primer párrafo del artículo 33 de la Ley del IGV también señalaba expresamente la inafectación del IGV a la exportación de bienes, dicha norma no contenía una definición sobre este concepto, lo cual llevó a la Sunat a pretender gravar la venta de bienes con destino de exportación, cuando al momento de su venta aún se encontraban físicamente en el Perú, generándose múltiples controversias en el caso de exportaciones pactadas bajo Incoterms, en los cuales la transferencia de riesgo ocurre en el territorio nacional (por ejemplo, en términos EXW, FCA o FAS),<sup>7</sup> esto es, antes de realizada formalmente la operación aduanera de exportación.

---

<sup>6</sup> De acuerdo con el artículo 2 de la Ley General de Aduanas, Zona Primaria es la parte del territorio aduanero que comprende los puertos, aeropuertos, terminales terrestres, centros de atención en frontera para las operaciones de desembarque, embarque, movilización o despacho de las mercancías y las oficinas, locales o dependencias destinadas al servicio directo de una aduana. Adicionalmente, puede comprender recintos aduaneros, espacios acuáticos o terrestres, predios o caminos habilitados o autorizados para las operaciones arriba mencionadas. Esto incluye a los almacenes y depósitos de mercancía que cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente y hayan sido autorizados por la administración aduanera.

<sup>7</sup> Los Incoterms son términos comerciales internacionales que tienen como finalidad dar pautas estandarizadas para establecer el momento de transferencia del riesgo de pérdida de las mercancías, los gastos involucrados en la operación de comercio internacional (seguro, transporte internacional, entre otros) y las obligaciones del comprador y vendedor respecto de la misma operación (realizar el trámite aduanero, contratar el medio de transporte, etc.), con el fin de reducir los costos de transacción en las operaciones de comercio exterior. Teniendo ello en cuenta, los Incoterms no determinan el momento de transferencia de propiedad de las mercancías asociadas a dicha operación, lo cual dependerá de lo que la legislación local indique al respecto. Sin perjuicio de ello, la Sunat estimó en algunos casos que la utilización de ciertos Incoterms llevaba consigo aparejada la transferencia de propiedad de las mercancías y, en consecuencia, determinó que la operación de comercio exterior es en realidad una venta local gravada con IGV, desconociendo la exportación. Ello ocurría en la medida que la Sunat interpretaba que la transferencia del riesgo asociada al Incoterm era en realidad una transferencia de propiedad en los términos de lo señalado por el artículo 1 de la Ley del IGV. Así, pues, la utilización de Incoterms como EXW, FCA y FAS, en los que se transfiere el riesgo de la mercancía antes de su entrega al transportista internacional, podía generar una contingencia respecto del IGV si no se hubiera, posteriormente, expresamente recogido este supuesto en el artículo 33 de la Ley del IGV. Así tenemos a los siguientes Incoterms:

En estos casos, el criterio de la administración tributaria era que la venta de bienes muebles había ocurrido en el territorio nacional y, por tanto, gravada con el IGV, independientemente de que se acredite que posteriormente, se hubiese tramitado el régimen de exportación definitiva correspondiente y que los bienes fueron embarcados al exterior.

También el Tribunal Fiscal consideró que si la transferencia de propiedad de los bienes se producía antes de su embarque en el medio de transporte, se le debía considerar una venta interna gravada con el IGV. Solo cuando dicha transferencia ocurría después del embarque se le iba a considerar exportación de bienes y, por tanto, inafecta del IGV (por ejemplo, en las RRTF n.ºs 05682-2-2009, 1242-1-2002, 6845-1-2002, 399-4-2003, 1047-4-2004, entre otras).

No obstante, desde el punto de visto técnico, en tanto el bien vendido era objeto de una operación de exportación para ser consumido en el exterior, al gravarse la venta, se estaba afectando la neutralidad del impuesto, desconociéndose el principio de imposición en el país del destino, puesto que al comprador no domiciliado (sin RUC) le va a ser imposible solicitar el saldo a favor del exportador.

Es así que, en vista de esta problemática, mediante el Decreto Legislativo n.º 1119 se modifica la Ley del IGV a fin de agregar un segundo párrafo a su artículo 33, a fin de incorporar definitivamente un concepto de exportación de bienes a efectos del IGV.<sup>8</sup>

Dicho párrafo señala lo siguiente:

Se considerará exportación de bienes, la venta de bienes muebles que realice un sujeto domiciliado en el país a favor de un sujeto no domiciliado, independientemente de que la transferencia de propiedad ocurra en el país o en el exterior, siempre que dichos bienes sean objeto del trámite aduanero de exportación definitiva.

Asimismo, un nuevo tercer párrafo del mismo artículo precisó que la transferencia de propiedad de bienes materia de exportación ocurrida en el país hasta antes del embarque (por ejemplo, ventas pactadas bajo Incoterms EXW, FCA o FAS) se considerará exportación si los bienes objeto de venta son embarcados en un plazo no mayor a sesenta (60) días calendario contados a partir de la fecha de emisión del comprobante de pago respectivo.

Dicho párrafo, además, agregó que si en dicha venta median documentos emitidos por un almacén aduanero a que se refiere la Ley General de Aduanas o por un Almacén General de Depósito regulado por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, que garanticen al adquirente la disposición de dichos bienes (por ejemplo, los denominados *holding certificates*), la misma no está afectada si el embarque se efectúa en un plazo no mayor a doscientos cuarenta (240) días calendario contados a partir de la fecha en que el almacén emita el documento.<sup>9</sup>

EXW: «En Fábrica», significa que el vendedor realiza la entrega cuando pone la mercancía a disposición del comprador en las instalaciones del vendedor o en otro lugar designado (es decir, taller, fábrica, almacén, etc.).

FCA: «Franco Porteador», significa que la empresa vendedora entrega la mercancía al transportista o a otra persona designada por la empresa compradora en las instalaciones de la empresa vendedora o en otro lugar designado.

FAS: «Franco al Costado del Buque», significa que la empresa vendedora realiza la entrega cuando la mercancía se coloca al costado del buque designado por la empresa compradora (por ejemplo, en el muelle o en una barcaza) en el puerto de embarque designado. El riesgo de pérdida o daño a la mercancía se transmite cuando la mercancía está al costado del buque, y la empresa compradora corre con todos los costos desde ese momento en adelante.

<sup>8</sup> Dicha modificación que se realizó en virtud del Decreto Legislativo n.º 1119, entró en vigencia el 1 de agosto de 2012.

<sup>9</sup> Dicha norma señala que para estos efectos los documentos mencionados deberán contener concurrentemente la siguiente información mínima:

- Denominación del documento y número correlativo. Tales datos deberán indicarse en el comprobante de pago que sustenta la venta al momento de su emisión o con posterioridad en la forma en que establezca la Sunat.
- Lugar y fecha de emisión.
- El nombre, domicilio fiscal y RUC del almacén aduanero o almacén general de depósito.
- El nombre del vendedor (depositante) que pone a disposición los bienes, así como su número de RUC y domicilio fiscal.
- El nombre del sujeto no domiciliado que dispondrá de los bienes.

También en este caso, si los bienes no se embarcan en los plazos correspondientes, entonces se entenderá que la operación se ha realizado en el territorio nacional, encontrándose gravada o exonerada del IGV, según corresponda.

## 5. EL SALDO A FAVOR DEL EXPORTADOR

Como hemos visto, conforme al artículo 33 de la Ley del IGV, la exportación no está afecta al IGV, con base en el principio de imposición en el país de destino, el cual tiene como propósito evitar la «exportación de impuestos» para hacer más competitivas nuestras exportaciones. Para ello existen dos mecanismos que conllevan la ejecución de dicho principio: a) no gravar con IGV la exportación de bienes; y, b) devolver el IGV percibido en las adquisiciones anteriores de bienes y servicios destinadas a la exportación del bien, vía el procedimiento de «saldo a favor del exportador».

Como sabemos, el IGV es un impuesto que pretende gravar el consumo final de bienes y servicios cuando dicho consumo se realiza dentro del mismo Estado en que se produjeron dichos bienes y servicios, aplicándose la conocida base del valor agregado que se genera durante la cadena de producción y comercialización y el crédito fiscal correspondiente, esto es que esta tributación se realizará en forma parcial a cargo de cada uno de los empresarios que forman parte de dicha cadena, quienes pagarán el IGV en función al valor agregado que hayan añadido, ya que tanto el productor como el consumidor final (sobre quien finalmente habrá de incidir económicamente la carga del gravamen) se encuentran en el mismo territorio del país donde se realiza la producción. Cabe mencionar que, finalmente, el monto total de los impuestos que hayan pagado los empresarios a lo largo de la cadena empresarial resulta idéntico al importe del impuesto que asume el consumidor final con la adquisición del bien en el eslabón final de la cadena.<sup>10</sup>

No obstante, si durante el desarrollo de la cadena de producción y comercialización de los bienes, estos se destinan a ser comercializados para su consumo en el exterior, la lógica descrita se fractura, pues el Estado de la producción pierde la legitimidad para imponer el IGV a estas operaciones, adquiriendo dicha potestad el Estado en donde se realizará el consumo, por lo que se impone la ausencia del gravamen en esta exportación.

Adicionalmente, el Estado de la producción del bien también se encontrará obligado a devolver los montos de los impuestos que haya podido recibir con cargo al consumo final de los bienes, al empresario que califique como exportador de los mismos, a fin de que sus productos lleguen al mercado internacional libres de IGV, para que no se produzca una doble imposición cuando el Estado de destino grave la importación de tales bienes.

De ello se puede inferir que tanto la inafectación a las exportaciones como la recuperación de los impuestos percibidos que hayan gravado las adquisiciones del exportador (saldo a favor del exportador) no constituyen beneficios tributarios otorgados por el Estado, sino que forman parte de la técnica propia del IGV.

Por el contrario, de no aplicarse esta técnica neutralizadora se desnaturalizaría la aplicación del impuesto, no solo porque el tributo perdería su neutralidad, sino que implicaría que el Estado perciba

- 
- Dirección del lugar donde se encuentran depositados los bienes.
  - La clase y especie de los bienes depositados, señalando su cantidad, peso, calidad y estado de conservación, marca de los bultos y toda otra indicación que sirva para identificarlos.
  - Indicación expresa que el documento otorga la disposición de los bienes depositados a favor del sujeto no domiciliado en tales recintos.
  - La fecha de celebración de la compraventa entre el vendedor y el sujeto no domiciliado, referidos en los literales d) y e), y de ser el caso, su numeración, la cual permita determinar la vinculación de los bienes con dicha compraventa.
  - El valor de venta de los bienes.
  - La fecha de entrega de los bienes al almacén aduanero o almacén general de depósito.
  - La firma del representante legal del almacén aduanero o almacén general de depósito.
  - Consignar como frase: «Certificado - 3º párrafo del artículo 33 Ley IGV».

<sup>10</sup> Ello bajo el supuesto de que no existen exoneraciones ni tasas diferenciadas del impuesto que se apliquen a lo largo de la cadena.

un tributo cuando no le corresponde por no ser este el país donde se realizará el consumo final de los bienes,<sup>11</sup> alterándose los presupuestos de territorialidad, de incidencia económica en el consumidor final y de neutralidad sobre las decisiones empresariales que no deberían verse afectadas por la carga económica del impuesto.

Es por ello que el artículo 34 de la Ley del IGV establece que el monto del impuesto que ha sido consignado en los comprobantes de pago correspondientes a las adquisiciones de bienes, servicios, contratos de construcción y las pólizas (declaraciones aduaneras) de importación, el cual genera un crédito fiscal que el exportador no puede aplicar al encontrarse inafecta su operación, dará derecho a su compensación o devolución vía el saldo a favor del exportador, conforme lo disponga el Reglamento de la Ley del IGV y las disposiciones referidas al crédito fiscal de la propia Ley contenidas en sus capítulos VI y VII.<sup>12</sup> Cabe mencionar que, según lo dispuesto por el artículo 2 del Reglamento de Notas de Crédito Negociable, aprobado mediante el Decreto Supremo n.º 126-94-EF (en adelante, RNCN), para acceder a este derecho los comprobantes de pago, notas de crédito y débito, y las declaraciones aduaneras de importación y exportación deberán haber sido registrados en los libros de contabilidad y en los registros de compras y ventas.

En este sentido, el saldo a favor del exportador estará constituido por el IGV pagado por las compras destinadas a la exportación de bienes y tendrá el mismo tratamiento y régimen jurídico que el crédito fiscal. Cabe mencionar que este crédito fiscal no es un derecho subjetivo de crédito ilimitado, porque su titular no tiene la posibilidad de exigir su devolución ni siquiera en el supuesto de liquidación de la empresa. Sin perjuicio de ello, cuando el saldo a favor materia del beneficio cumple con los requisitos que a continuación vamos a señalar pasa a convertirse en un derecho de crédito con la posibilidad de exigir su pago o cumplimiento.

Por su parte, el artículo 35 nos indica que luego de la determinación del saldo a favor del exportador del mismo deberá deducirse el impuesto bruto (por pagar) del IGV de cargo del mismo sujeto, si lo hubiese. De quedar un monto remanente, este se denominará el saldo a favor materia de beneficio, resultante de la diferencia a favor del impuesto bruto del IGV y el saldo a favor del exportador (artículo 3 del RNCN), el cual se compensará automáticamente con la deuda tributaria por pagos a cuenta y de regularización del Impuesto a la Renta.

Si no se tuviera Impuesto a la Renta que pagar durante el año o en el transcurso de algún mes, o este fuera insuficiente para absorber dicho saldo, la compensación se realizará con la deuda tributaria correspondiente a cualquier otro tributo que sea ingreso del Tesoro Público respecto de los cuales el exportador tenga la calidad de contribuyente.

Finalmente, en caso no fuera posible realizar las mencionadas compensaciones, procederá la devolución de dicho saldo a favor del IGV.

En relación con ello, de acuerdo con el artículo 4 del mencionado RNCN, la compensación o devolución tendrá como límite la tasa del IGV aplicable (18 %) a las exportaciones embarcadas en el mes. Asimismo, señala esta norma que el saldo a favor materia del beneficio cuya compensación o devolución no hubiere sido aplicada o solicitada pese a encontrarse incluido en el mencionado límite, también podrá arrastrarse a los meses siguientes como saldo a favor por exportación, e incrementará el límite del 18 % las exportaciones realizadas, en el periodo siguiente.

<sup>11</sup> Adviértase que por esta misma lógica el Estado peruano se encuentra legitimado para gravar la importación de bienes y servicios, ya en estos casos los bienes y servicios producidos en el exterior entrar en la órbita de la competencia fiscal nacional al verificarse dentro del territorio peruano el consumo final de tales productos.

<sup>12</sup> Este saldo a favor del exportador será determinado, según lo establecido por el numeral 3 del artículo 9 del Reglamento de la Ley del IGV, de acuerdo al procedimiento establecido en el numeral 6 del artículo 6 de este Reglamento.

En el mismo sentido, el Tribunal Fiscal mediante la RTF n.º 1228-5-2002 ha señalado:

[...] El saldo a favor del exportador, a semejanza del crédito fiscal, se descuenta en primera instancia del impuesto bruto. Solo de no ser posible esa deducción en el periodo por no existir operaciones gravadas o ser estas insuficientes para absorber dicho saldo, el exportador podía compensarlo automáticamente con la deuda tributaria por pagos a cuenta y regularización del Impuesto a la Renta a pagar durante el año —o en el transcurso de algún mes o si esta hubiera sido insuficiente para absorber dicho saldo—, se podía compensar con la deuda tributaria correspondiente a cualquier otro tributo que fuera ingreso de Tesoro Público.

Por su parte, el artículo 5 del RCNC dispone que para determinar el monto de las exportaciones de bienes realizadas en el periodo se tomará en cuenta el valor FOB<sup>13</sup> de las declaraciones aduaneras de exportación que se hayan numerado<sup>14</sup> para sustentar las exportaciones embarcadas en dicho periodo, y cuya facturación ha sido efectuada en el periodo o en periodos anteriores al que corresponda la declaración-pago.

Asimismo, la mencionada norma señala que el solicitante deberá también tener en cuenta las notas de débito y crédito emitidas en el periodo a que corresponde la declaración-pago. De ser el caso, del monto de las exportaciones realizadas en el periodo, se deducirá o adicionará, el monto correspondiente a los ajustes efectuados mediante dichas notas de crédito o débito.

También es importante señalar que, en concordancia con el artículo 84 del Reglamento de la Ley General de Aduanas, para acogerse al saldo a favor del exportador, se deberá contar con las respectivas declaraciones de exportación regularizadas<sup>15</sup> a la fecha de comunicada la compensación o de solicitada la devolución.

En relación con lo señalado, resulta importante determinar cuándo se entiende realizada la exportación del bien para la aplicación de este mecanismo respecto de lo cual el Tribunal Fiscal se ha pronunciado mediante la RTF n.º 1273-A-2004, señalando: «[...] de un análisis de los trámites, procedimientos y formalidades [...] puede entenderse que la mercancía objeto de dicho régimen se considerará exportada en el momento que es embarcada en el medio de transporte utilizado para su retiro del territorio aduanero».

Este mismo criterio ha sido reafirmado, entre otras, mediante las RRTF n.ºs 4017-2-2006 y 8616-1-2014, en las que el colegiado ha señalado que resulta determinante establecer la fecha de embarque de la mercancía, para realizar el cálculo o la determinación del límite del 18 % del monto de las exportaciones.

## 6. OTRAS OPERACIONES CONSIDERADAS COMO EXPORTACIÓN

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la Ley del IGV contiene también supuestos de operaciones que no necesariamente van a cumplir con las condiciones de territorio y consumo, pero que por el mandato del legislador van a ser consideradas exportaciones con las consecuencias jurídica correspondientes, como el derecho al saldo a favor. Estos son supuestos en que la venta ocurre en territorio nacional antes del embarque del bien correspondiente, e incluso un primer o inicial consumo podría producirse dentro del territorio peruano.

<sup>13</sup> FOB: *Free On Board*. Incoterm utilizado para acordar en una compraventa internacional de mercancías que el precio está referido a la mercancía puesta en la bodega del buque, con todos los gastos, derechos, impuestos y riesgos a cargo del vendedor hasta el momento en que la mercancía ha pasado la bodega del barco, con el flete excluido.

<sup>14</sup> Esto significa que la destinación aduanera solicitada mediante el envío de la declaración aduanera presentada o transmitida a través de medios electrónicos ha sido aceptada por la administración aduanera, generándose un código numérico para identificar dicha declaración aduanera.

<sup>15</sup> Esto es que la administración aduanera da por concluido el régimen aduanero luego del cumplimiento de los requisitos sustantivos y formales del procedimiento correspondiente.

Estos casos se encuentran señalados en el artículo 33 de la Ley del IGV, el cual califica como exportación a las siguientes operaciones:

- Ventas a *duty free*: la venta de bienes, nacionales o nacionalizados, a los establecimientos ubicados en la zona internacional de los puertos y aeropuertos de la República.
- Operaciones *swap*: las operaciones *swap* con clientes del exterior, realizadas por productores mineros, con intervención de entidades reguladas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones que certificarán la operación en el momento en que se acredite el cumplimiento del abono del metal en la cuenta del productor minero en una entidad financiera del exterior, la misma que se reflejará en la transmisión de esta información vía *swift* a su banco corresponsal en Perú.
- Fabricación por encargo: la remisión al exterior de bienes muebles a consecuencia de la fabricación por encargo de clientes del exterior, aun cuando estos últimos hubieran proporcionado, en todo o en parte, los insumos utilizados en la fabricación del bien encargado.
- Suministro de naves: la venta de los bienes destinados al uso o consumo de los pasajeros y miembros de la tripulación a bordo de las naves de transporte marítimo o aéreo, así como de los bienes que sean necesarios para el funcionamiento, conservación y mantenimiento de los referidos medios de transporte, incluyendo, entre otros bienes, combustibles, lubricantes y carburantes.
- Ventas EXW, FCA o FAS: la venta de bienes muebles a favor de un sujeto no domiciliado, realizada en virtud de un contrato de compraventa internacional pactado bajo las reglas Incoterm EXW, FCA o FAS, cuando dichos bienes se encuentren ubicados en el territorio nacional a la fecha de su transferencia, siempre que el vendedor sea quien realice el trámite aduanero de exportación definitiva de los bienes y que no se utilicen los documentos a que se refiere el tercer párrafo del artículo 33 (*holding certificates*), en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en dicho párrafo. La aplicación de este tratamiento está condicionada a que los bienes objeto de la venta sean embarcados en un plazo no mayor a sesenta (60) días calendario contados a partir de la fecha de emisión del comprobante de pago respectivo. Vencido dicho plazo sin que se haya efectuado el embarque se entenderá que la operación se ha realizado en el territorio nacional, encontrándose gravada o exonerada del IGV, según corresponda.
- Asimismo, el último párrafo del artículo 33 de la Ley del IGV establece: «se considera exportador al productor de bienes que venda sus productos a clientes del exterior a través de comisionistas que operen únicamente como intermediarios encargados de realizar los despachos de exportación, sin agregar valor al bien; siempre que se cumplan con las disposiciones establecidas por Aduanas sobre el particular». Así, pues, esta norma regula el supuesto en que el exportador actúa a través de consignatarios para efectuar la exportación de sus productos, en cuyo caso, en definitiva, sí deberá ser considerado como exportador únicamente al productor de los bienes que efectúa su venta a un cliente del exterior y no así al consignatario (que es el que por encargo de este realiza los actos necesarios para que se lleve a cabo la exportación definitiva de los productos).

Por su parte, el artículo 63 de la Ley General de Aduanas nos reitera que debe considerarse como una exportación definitiva (incluso para efectos aduaneros) de mercancías, a las operaciones a que se refieren los numerales 2 (Operaciones SWAP) y 5 (Suministro de naves) del artículo 33 de la Ley del IGV.



**7. BIBLIOGRAFÍA**

DANIELS, John D.; RADEBAUGH, Lee H. y Daniel P. SULLIVAN. *Negocios internacionales. Ambientes y operaciones*. México D. F.: Pearson Educación de México, 2013.

FENOCHIETTO, Ricardo. *El impuesto al valor agregado*. Buenos Aires: La Ley, 2007.

VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walker. *Manual del IGV, régimen general y especiales*. Lima: Pacífico Editores, 2014.



## LA FACILITACIÓN DE COMERCIO EXTERIOR EN LA LEGISLACIÓN ADUANERA PERUANA

Roberto Zagal Pastor\*

**Sumario:** 1. Contenido del Acuerdo de Facilitación de Comercio Exterior.— 1.1. Publicación.— 1.2. Despacho de mercancías.— 1.3. Automatización.— 1.4. Administración de riesgos.— 1.5. Cooperación.— 1.6. Confidencialidad.— 1.7. Envíos de entrega rápida.— 1.8. Revisión y apelación.— 1.9. Sanciones.— 1.10. Resoluciones anticipadas.— 2. El derecho aduanero peruano en el marco de la facilitación del comercio exterior.— 2.1. Principio de facilitación del comercio exterior (artículo 4 de la Ley General de Aduanas).— 2.2. Publicidad (artículo 9 de la Ley General de Aduanas).— 2.3. Operador económico autorizado (artículo 25 de la Ley General de Aduanas).— 2.4. Despacho anticipado.— 2.5. Gestión del riesgo.— 2.6. Agilización del levante.— 2.7. Levante de envíos de entrega rápida.— 3. Otras acciones implementadas por la administración aduanera orientadas a la facilitación del comercio exterior.— 4. Conclusión.

El Perú ratificó el Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, el cual contiene el Acuerdo sobre Facilitación de Comercio (AFC). De conformidad con lo dispuesto por los artículos 57 y 118 inciso 11 de la Constitución Política del Perú y el artículo 2 de la Ley n.º 26647, que facultan al Presidente de la República para celebrar y ratificar tratados o adherir a estos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso, mediante Decreto Supremo n.º 044-2016-RE de fecha 7 de julio de 2016 se ratificó el Protocolo en mención adoptado por el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio el 27 de noviembre de 2014 en la ciudad de Ginebra, Confederación Suiza.

La Organización Mundial del Comercio, a través de una serie de estudios, ha determinado que en el comercio transfronterizo de mercancías existe demoras burocráticas y trámites engorrosos que representan una carga para los comerciantes que participan en este proceso. En ese sentido, ha considerado que la facilitación del comercio orientada a la simplificación, modernización y armonización de los procedimientos de exportación e importación constituye un tema importante para el sistema mundial de comercio. En ese sentido, el AFC establece medidas para facilitar el tránsito de mercancías a través de las fronteras, conteniendo disposiciones para agilizar el movimiento, el levante y el despacho de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito. Asimismo, contiene medidas para la cooperación efectiva entre las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes en las cuestiones relativas a la facilitación del comercio y el cumplimiento de los procedimientos aduaneros, además de disposiciones sobre asistencia técnica y creación de capacidad en esta esfera.

La Organización Mundial del Comercio define la facilitación del comercio como «la simplificación y armonización de los procedimientos que rigen el comercio internacional, considerando los procedimientos que rigen el comercio como los actos, prácticas y formalidades necesarias para recopilar, presentar, comunicar y procesar los datos que exige la circulación de mercancías en el comercio internacional».<sup>1</sup> Esta definición se enmarca en diversos aspectos como aduanas, procedimientos de

\* Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho con Mención de Aduanas.

<sup>1</sup> COMITÉ DE CUMPLIMIENTO EN COMERCIO EXTERIOR Y ADUANAS WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION CAPÍTULO MÉXICO. *Facilitación comercial para los operadores de comercio exterior certificados*. Recuperado de <<https://www.worldcomplianceassociation.com/2934/noticia-facilitacin-comercial-para-los-operadores-de-comercio-exterior-certificados.html>>.

licencias, servicios de transporte, pagos, seguros y requisitos financieros; enfocándose en procedimientos administrativos aduaneros y procesos transfronterizos.

La facilitación de comercio exterior nos permite contar con un marco coherente transparente y previsible para las operaciones de comercio exterior; nos brinda una mayor oferta de insumos y bienes de capital y mejor nivel de competitividad; racionaliza y simplifica los procedimientos de comercio internacional; y, finalmente podemos considerar que constituye una importante vía para el crecimiento y desarrollo económico de un país. En general, en el ámbito empresarial, la facilitación de comercio exterior nos permite reducir costos de operación, agilizar y simplificar los trámites de comercio exterior brindándose certidumbre jurídica; y, transparencia en sus operaciones, contribuyendo a la competitividad y el dinamismo de las economías de los países.

## **1. CONTENIDO DEL ACUERDO DE FACILITACIÓN DE COMERCIO EXTERIOR**

Entre las principales disposiciones contenidas en el Acuerdo de Facilitación de Comercio tenemos aspectos relacionados a los siguiente.

### **1.1. *Publicación***

En este aspecto se propone que las administraciones de aduanas deben procurar la publicidad vía internet de la legislación, regulaciones y procedimientos administrativos generales aduaneros. Asimismo, deben implementar la designación de puntos de consulta para atender inquietudes, poniendo en internet la información para formular dichas consultas. Otro tema de importancia es que establece que, en la medida de lo posible, se debe realizar la publicación por adelantado de las regulaciones que se propone adoptar, brindando la oportunidad de hacer comentarios a las personas interesadas antes de su adopción.

### **1.2. *Despacho de mercancías***

Está relacionado a la simplificación de procedimientos aduaneros para el despacho eficiente de mercancías; dentro de un periodo no mayor al requerido para asegurar el cumplimiento de la legislación y, en la medida de lo posible, dentro de las 48 horas siguientes a su llegada; en el punto de llegada, sin traslado temporal a depósitos u otros recintos; y, el retiro de las mercancías antes de y sin perjuicio de la decisión final de la autoridad acerca de aranceles, impuestos y cargos aplicables.

### **1.3. *Automatización***

Se propone el uso de tecnología de información que agilice los procedimientos para el despacho; tomando en consideración normas internacionales.

### **1.4. *Administración de riesgos***

Respecto a la administración de riesgo, se plantea y propone la adopción o mantenimiento de sistemas de administración de riesgos que permitan actividades de inspección en mercancías de alto riesgo y que simplifiquen el despacho y movimiento de mercancías de bajo riesgo.

### **1.5. *Cooperación***

En el tema de cooperación se propone la notificación previa a la otra parte acerca de cualquier modificación significativa de sus políticas administrativas relacionada con la implementación de la legislación aduanera u otros que pudieran tener un efecto sustancial en la operación del Acuerdo. Asimismo, la cooperación para lograr el cumplimiento de las legislaciones y regulaciones con respecto a la implementación y operación de las disposiciones del tratado en materia de importaciones o exportaciones,

incluyendo solicitudes y procedimientos de origen, la implementación y operación del Acuerdo de Valoración Aduanera, y restricciones o prohibiciones a las importaciones o exportaciones.

También se considera que cuando la administración aduanera tenga sospechas razonables de alguna actividad ilícita relacionada con su legislación o regulaciones en materia de importaciones, puede solicitar, por escrito y especificando el propósito, que otra administración aduanera suministre información confidencial específica, identificada en la solicitud, que se recopile regularmente en relación con la importación de mercancías. De acuerdo con su legislación y los tratados internacionales pertinentes la administración aduanera entregará una respuesta escrita que contenga dicha información. Asimismo, hará esfuerzos en proporcionar cualquier otra información que pudiese ayudar.

También cada administración aduanera debe proveer a la otra asesoría y asistencia técnica con el objeto de mejorar las técnicas de evaluación de riesgos, simplificar y hacer expeditos los procedimientos aduaneros, promover la capacitación técnica del personal, e incrementar el uso de tecnologías que pudieran conducir a un mayor cumplimiento de las leyes y regulaciones de importación aplicables. Además, examinarán canales adicionales de comunicación para facilitar el intercambio de información en forma rápida y segura, y mejorar la coordinación sobre asuntos aduaneros.

### **1.6. *Confidencialidad***

En cuanto a la confidencialidad se propone que cuando una administración aduanera suministre información confidencial, esta puede exigir una garantía escrita de que la información se mantendrá en reserva, que será usada solo para los efectos especificados en la solicitud y que no se divulgará sin permiso específico. Caso contrario, podrá negarse a entregar la información solicitada. Asimismo, cada administración aduanera adoptará o mantendrá procedimientos en los que la información sea protegida contra divulgación no autorizada.

### **1.7. *Envíos de entrega rápida***

Se propone la adopción o mantenimiento de procedimientos aduaneros separados y expeditos para envíos de entrega rápida, que deberán permitir la presentación y procesamiento de la información necesaria antes del arribo; la presentación de un solo manifiesto que ampare todas las mercancías contenidas, de ser posible, a través de medios electrónicos; en la medida de lo posible, el despacho de ciertas mercancías con un mínimo de documentación; y, bajo circunstancias normales, el despacho dentro de las seis horas siguientes a la presentación de los documentos aduaneros necesarios, siempre que el envío haya arribado.

### **1.8. *Revisión y apelación***

Cada parte asegurará, respecto de sus determinaciones sobre asuntos aduaneros, que los importadores en su territorio tengan acceso a un nivel de revisión administrativa independiente del empleado o despacho que emitió la decisión y una revisión judicial de las determinaciones.

### **1.9. *Sanciones***

Respecto al sanciones se considera la adopción o mantenimiento de medidas que permitan la imposición de sanciones civiles o administrativas y, cuando corresponda, sanciones penales por violación de la legislación y regulaciones aduaneras, incluyendo aquellas que rijan la clasificación arancelaria, valoración aduanera, reglas de origen y solicitudes de trato preferencial, según el acuerdo.

### **1.10. Resoluciones anticipadas**

Cada administración aduanera emitirá una resolución anticipada por escrito a petición escrita de un importador en su territorio, o de un exportador o productor en el territorio respecto de clasificación arancelaria; aplicación de criterios de valoración aduanera para un caso particular, de acuerdo con el Acuerdo de Valoración Aduanera; aplicación de devoluciones de aranceles aduaneros; y, si una mercancía es originaria, de acuerdo con las reglas de origen y procedimientos de origen.

Asimismo, se propone la emisión de una resolución anticipada dentro de los 150 días siguientes a la solicitud, siempre que el solicitante haya presentado toda la información requerida. Las resoluciones anticipadas entran en vigor a partir de la fecha de emisión, u otra fecha especificada, siempre que los hechos en los que se basa no hayan cambiado.

También se establece que la administración aduanera que emite la resolución puede modificar o revocar una resolución anticipada solo si la resolución se basó en información incorrecta o falsa.

## **2. EL DERECHO ADUANERO PERUANO EN EL MARCO DE LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR**

El derecho aduanero está conformado por el conjunto de normas y disposiciones que regulan el ingreso, paso y salida de las mercancías del territorio aduanero. Estas normas y disposiciones (principales o reglamentarias) son emitidas por el Estado y tienen por fin regular las actividades originadas en las operaciones aduaneras y la relación de los operadores de comercio exterior y/o agentes económicos con la administración aduanera. El derecho aduanero es, de naturaleza, público e interno, por cuanto el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico aduanero es en el territorio nacional.

En nuestro ordenamiento jurídico, la principal norma aduanera es la Ley General de Aduanas (Decreto Legislativo n.º 1053, publicado el 27 de junio del 2008, y modificatorias) y su Reglamento (Decreto Supremo n.º 010-2009-EF, publicado el 16 de enero del 2009, y modificatorias), que tienen por objeto regular la relación jurídica que se establece entre la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - Sunat y las personas naturales y jurídicas que intervienen en el ingreso, permanencia, traslado y salida de las mercancías hacia y desde el territorio aduanero.

Dentro del ordenamiento jurídico aduanero cabe precisar que la Sunat ha emitido una serie de normas aprobadas mediante resoluciones de superintendencia, que regulan los procedimientos aduaneros de ingreso, salida, de perfeccionamiento, suspensivo, temporales y de regímenes especiales o de excepción. Estos dispositivos son denominados procedimientos de despacho, los cuales se clasifican en procedimientos generales (referidos a aspectos generales y de trámite de los regímenes aduaneros) y procedimientos específicos (referidos a temas más puntuales vinculados a los regímenes y otras operaciones aduaneras). A un nivel inferior, están los instructivos de trabajo, que contienen las pautas a seguir para labores y operaciones propias de actividad aduanera, y las circulares, que permiten a la administración aduanera impartir las pautas y criterios para la aplicación de disposiciones emitidas sobre aspectos técnicos en materia aduanera.

Estas normas en materia de aduanas se encuentran debidamente publicadas en la página web de la Sunat, que se constituye en una buena herramienta al servicio de los usuarios de comercio exterior para conocer la legislación aduanera que regula el quehacer operativo y despacho aduanero.

Nuestra legislación aduanera recoge como institución jurídica a los principios generales, considerándolos como los lineamientos, bases, directrices o postulados que guían u orientan las normas aduaneras. Estos principios se encuentran contenidos en los primeros artículos de la Ley General de Aduanas y su Reglamento y deben ser de cumplimiento y aplicación por los legisladores, así como por la administración aduanera cuando se emitan normas que regulen dicha actividad. Adicionalmente,

estos principios también deben ser cumplidos y exigidos a los operadores de comercio exterior en el desarrollo de sus actividades ante la administración aduanera.

Uno de los principales principios que regulan la legislación aduanera es el de la facilitación del comercio exterior, referido a que las normas aduaneras deben tender a eliminar todo tipo de barreras arancelarias, restricciones y prohibiciones. La administración aduanera debe tender a adoptar mecanismos simplificados para el despacho de las mercancías, tales como la armonización y simplificación de los procedimientos y delegación de funciones al sector privado.

Debemos hacer mención al Acuerdo sobre Facilitación del Comercio (AFC), que ha servido como guía en la implementación de una serie de mecanismos orientados a la simplificación de los procedimientos aduaneros; asimismo, la administración aduanera ha asumido la tarea de brindar un servicio de mayor calidad, por el cual los trámites y operaciones aduaneras deben realizarse con una mayor agilidad y eficiencia, resolverse los problemas que surgen de la aplicación de las normas y procedimientos, velando siempre por el interés fiscal.

En ese sentido, cabe mencionar y desarrollar aquellos mecanismos que se han implementado dentro del marco jurídico aduanero, orientado a la facilitación del comercio exterior relacionado directamente en el quehacer operativo aduanero. Entre estos tenemos los reseñados a continuación.

### ***2.1. Principio de facilitación del comercio exterior (artículo 4 de la Ley General de Aduanas)***

#### **Artículo 4.- «Facilitación del comercio exterior**

Los servicios aduaneros son esenciales y están destinados a facilitar el comercio exterior, a contribuir al desarrollo nacional y a velar por el control aduanero y el interés fiscal.

Para el desarrollo y facilitación de las actividades aduaneras, la administración aduanera deberá expedir normas que regulen la emisión, transferencia, uso y control de documentos e información, relacionados con tales actividades, sea esta soportada por medios documentales o electrónicos que gozan de plena validez legal».

El artículo 4 de la Ley General de Aduanas establece que los servicios aduaneros que presta la administración aduanera son esenciales y están destinados a contribuir directamente a la facilitación del comercio exterior, teniendo en consideración que esta condición contribuya al desarrollo nacional y, de otro lado, que además debe estar orientado a velar por el control aduanero y el interés fiscal.

Respecto a este último aspecto debemos precisar que la facilitación de comercio exterior no se encuentra divorciada o distante de la fiscalización aduanera. Tal como se establece en el texto normativo, ambos principios conviven. El hecho de existir control aduanero no implica obstaculización de los procedimientos aduaneros. Recordemos que la administración aduanera es la titular de la potestad aduanera entendiéndose por esta el conjunto de facultades y atribuciones que tiene para controlar el ingreso, permanencia, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transporte, dentro del territorio aduanero, así como para aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero.

Este principio de la facilitación del comercio exterior también se comprende la participación de agentes económicos, por el cual el Estado debe promover la participación de los agentes económicos en la prestación de los servicios aduaneros, mediante la delegación de funciones al sector privado; asimismo, se encuentra comprendido en este principio la gestión de la calidad y uso de estándares internacionales para la prestación de los servicios aduaneros debiendo tender a alcanzar los niveles establecidos en las normas internacionales sobre sistemas de gestión de la calidad, con énfasis en los procesos, y a aplicar estándares internacionales elaborados por organismos internacionales vinculados al comercio exterior.

Finalmente, debemos mencionar que Facilitación del Comercio Exterior también tiene como sustento la aplicación de los principios de la buena fe y presunción de veracidad como base para todo trámite y procedimiento administrativo aduanero de comercio exterior. Es decir, buena fe en la aceptación por parte de la administración aduanera de los datos e información que le son proporcionados por los usuarios aduaneros y presunción de veracidad respecto a la presunción de la autenticidad o veracidad de la documentación que se presentan y sustenta el trámite de despacho aduanero.

## **2.2. *Publicidad (artículo 9 de la Ley General de Aduanas)***

Nuestra legislación establece que todo documento emitido por la Sunat, cualquiera sea su denominación, que constituya una norma exigible a los operadores de comercio exterior debe cumplir con el requisito de publicidad. En ese sentido, las resoluciones que determinan la clasificación arancelaria y las resoluciones anticipadas se publican en el portal de la Sunat.

Asimismo, la administración aduanera ha implementado, a través de su página web, la publicación por adelantado de las regulaciones (procedimientos de despacho) de aplicación general que rijan asuntos aduaneros que proponga adoptar y brindará a las personas interesadas la oportunidad de hacer comentarios previamente a su adopción, conforme lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Ley General de Aduanas que dispone que a efectos de la publicidad en mención podrá publicar los proyectos correspondientes en su portal.

## **2.3. *Operador económico autorizado (artículo 25 de la Ley General de Aduanas)***

El operador económico autorizado es aquel operador de comercio exterior que cumple con la normativa vigente establecida convirtiéndose en un operador de confianza para la administración aduanera, con lo cual se simplifica sus controles y trámites.

En ese sentido, el operador económico autorizado es aquel operador de comercio exterior u operador interviniente certificado por la Sunat al haber cumplido con las condiciones y requisitos dispuestos en la legislación aduanera. Cabe mencionar que este operador debe acreditar una trayectoria satisfactoria de cumplimiento de la normativa vigente, contar con un sistema adecuado de registros contables y logísticos que permita la trazabilidad de las operaciones, tener solvencia financiera debidamente comprobada y contar con un nivel de seguridad adecuado.

Es así que la normatividad aduanera establece que el operador económico autorizado pueda acogerse a las facilidades en cuanto a control y simplificación aduaneros como presentar una sola declaración aduanera de mercancías que ampare los despachos que realice en el plazo determinado por la administración aduanera, presentar una declaración inicial con información mínima para el levante de las mercancías, presentar una declaración complementaria posterior en la forma y plazo establecidos por la administración aduanera, presentar garantías reducidas o estar exento de su presentación, efectuar directamente sus despachos aduaneros sin necesidad de contar con el servicio de un despachador de aduana y obtener otras facilidades que la administración aduanera establezca.

## **2.4. *Despacho anticipado***

Por «destinación aduanera» debemos entender la manifestación de voluntad del operador de comercio exterior a través de la cual se elige el tratamiento a que se someterá las mercancías para ingresar o salir del territorio aduanero. En ese sentido, por la destinación aduanera de las mercancías, el importador o exportador o beneficiarios eligen un régimen aduanero que determinará el cumplimiento de las formalidades exigidas por la autoridad aduanera a efectos de autorizar su ingreso o su salida del territorio aduanero, respectivamente. En resumen, se puede señalar que la destinación aduanera constituye la



manifestación de voluntad del dueño, consignatario o remitente de la mercancía que, expresada mediante la declaración aduanera de mercancías, indica el régimen aduanero que debe darse a las mercancías que se encuentran bajo la potestad aduanera.

De otro lado, por «despacho aduanero» se entiende el cumplimiento de las formalidades aduaneras necesarias para importar y exportar las mercancías o someterlas a otros regímenes, operaciones o destinos aduaneros. Por consiguiente, el despacho de las mercancías está referido al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecido en la normatividad aduanera.

El artículo 130 de la Ley General de Aduanas establece que todas las mercancías para su ingreso o salida al país deben ser declaradas sometándose a un régimen aduanero, mediante la destinación aduanera. La destinación aduanera es solicitada mediante declaración aduanera por los despachadores de aduana o demás personas legalmente autorizadas y se tramita desde antes de la llegada del medio de transporte y hasta quince (15) días calendario siguientes al término de la descarga.

Asimismo, se establece las siguientes modalidades de despacho:

- Anticipado: cuando se numeren antes de la llegada del medio de transporte.
- Diferido: cuando se numeren después de la llegada del medio de transporte.
- Urgente: conforme a lo que establezca el Reglamento.

En este sentido, la legislación aduanera da prioridad al despacho anticipado como mecanismo de facilitación de comercio exterior. Es una modalidad de despacho que permite a la destinación de las mercancías antes del arribo del medio de transporte a nuestro territorio, pudiendo incluso obtener el levante una vez arribadas al puerto y previo cumplimiento de los procedimientos aduaneros.

Esta modalidad de despacho puede ser con descarga a punto de llegada (terminal de carga o depósito temporal) o a zona primaria con autorización especial. Al respecto, corresponde precisar que el punto de llegada son aquellas áreas consideradas zona primaria en las que se realicen operaciones vinculadas al ingreso de mercancías al país, por consiguiente, una vez realizada la descarga de carga aérea o de otra vía en el terminal portuario, el despachador de aduana pone a disposición de la autoridad aduanera la mercancía para el reconocimiento físico y otorgamiento del levante. En caso de que la DAM sea asignada a revisión documentaria (canal naranja), el despachador de aduana puede presentar la documentación a la autoridad aduanera antes del arribo del medio de transporte al país y, de ser conforme la diligencia, la DAM queda lista para el otorgamiento del levante de manera inmediata al arribo de la mercancía.

Además, de lo expuesto, la normatividad aduanera establece que la modalidad de despacho anticipado es obligatoria, excepto cuando se trate de mercancía:

- Cuyo valor FOB no exceda los dos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 2000,00).
- Que sea destinada bajo la modalidad de despacho urgente.
- Que se encuentre en el país y que previamente haya sido destinada a otro régimen aduanero.
- Por la cual se solicita la aplicación de contingentes arancelarios.
- Proveniente de zonas francas o zonas especiales de desarrollo.
- Restringsida.

- Importada al amparo de la Ley n.º 29963, Ley de facilitación aduanera y de ingreso de participantes para la realización de eventos internacionales declarados de interés nacional.
- Calificada como donaciones.
- Que provenga de un tránsito aduanero internacional con destino a un punto de llegada nacional no fronterizo.
- Consignada en una declaración simplificada y a la que le corresponda ser tramitada con una declaración aduanera de mercancía.
- Que arriba como equipaje o menaje de casa y cuyo tratamiento no corresponde a lo establecido en el Reglamento de régimen aduanero especial de equipaje y menaje de casa.
- Que corresponde a un despacho parcial, amparado en un mismo documento de transporte y que arribe dentro de las veinticuatro horas siguientes al término de la descarga del primer envío de despacho anticipado.
- Considerada «mercancía vigente».
- Consistente en vehículos usados.
- Consignada a un sujeto no obligado a inscribirse en el RUC que por única vez en un año calendario importe mercancías cuyo valor FOB excede los dos mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 2000,00) y siempre que no supere los tres mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 3000,00).
- Que ha sido objeto de venta sucesiva en zona primaria.
- Amparada en un solo documento de transporte con mercancía restringida y que sea destinada conjuntamente en la misma declaración.
- Importada al amparo de la Ley n.º 29973, Ley general de la persona con discapacidad.
- Importada al amparo de la Ley n.º 30001, Ley de reinserción económica y social para el migrante retornado.
- Importada al amparo del Decreto Legislativo n.º 882, Ley de promoción de la inversión en la educación.
- Consistente en bienes importados por misiones diplomáticas, consulares, oficinas de los organismos internacionales o sus funcionarios.
- Consistente en energía eléctrica.

### ***2.5. Gestión del riesgo***

Para el ejercicio del control aduanero, la administración aduanera emplea, principalmente, las técnicas de gestión de riesgo para focalizar las acciones de control en aquellas actividades o áreas de alto riesgo, respetando la naturaleza confidencial de la información obtenida para tal fin.

Para el control durante el despacho, la administración aduanera determina mediante técnicas de gestión de riesgo los porcentajes de reconocimiento físico de las mercancías destinadas a los regímenes aduaneros, que en ningún caso debe exceder del 15 % de las declaraciones numeradas.

En el caso de mercancías restringidas, la selección a reconocimiento físico se realiza con base en la gestión de riesgo efectuada por la administración aduanera, en coordinación con los sectores competentes.

## **2.6. Agilización del levante**

Conforme lo establecido por el artículo 167 de la Ley General de Aduanas, en el despacho aduanero la autoridad aduanera dispondrá las acciones necesarias para que, en la medida de lo posible, las mercancías puedan ser de libre disposición dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al término de su descarga. Para dicho efecto, se establece como requisito, entre otros, la presentación de la garantía global o específica previa a la numeración anticipada de la declaración, de conformidad con lo previsto en el artículo 160 de la Ley General de Aduanas (que establece que los operadores del comercio exterior y los operadores intervinientes pueden presentar garantías, previamente a la numeración de la declaración de mercancías, por el pago de la deuda tributaria aduanera, derechos *antidumping* y compensatorios provisionales o definitivos, percepciones y demás obligaciones de pago que fueran aplicables).

Cabe mencionar que las modalidades de garantías previas son:

- Fianza: es un contrato (garantía) a través del cual una afianzadora (fiador - banco) se obliga a cumplir ante el beneficiario (acreedor - Sunat) del contrato, las obligaciones contraídas por el fiado (deudor - importador) en caso de que este no lo hiciera.
- Póliza de caución: es un contrato (garantía) emitida por una compañía aseguradora o seguros, mediante el cual esta última garantiza a favor de un tercero, denominado asegurado (Sunat), el cumplimiento por parte del tomador (importador) de una obligación establecida en un contrato.
- Garantía nominal: solo pueden presentar garantías previas nominales las entidades del Sector Público nacional, universidades, organismos internacionales y misiones diplomáticas.

La primera ventaja del Sistema de Garantías Previas en el Despacho Anticipado Garantizado es asegurar el levante dentro de las 48 horas contadas desde el término de la descarga de la mercancía. En este sentido, a efectos del otorgamiento del levante de la mercancía dentro de las 48 horas siguientes al término de su descarga, se debe: contar con la garantía global o específica previa a la numeración de la declaración; transmitir el manifiesto de carga antes de la llegada del medio de transporte; numerar la declaración antes de la llegada del medio de transporte; contar con toda la documentación requerida por la legislación aduanera; que no se haya dispuesto sobre la mercancía una medida preventiva de inmovilización o incautación, o la suspensión del despacho; y, transmitir la fecha de llegada del medio de transporte.

Cabe mencionar que la administración aduanera no está obligada a otorgar el levante de las mercancías en los plazos de 48 horas, cuando no se pueda realizar o culminar el proceso de despacho por motivos imputables a los operadores de comercio exterior. En estos casos, las mercancías deben ser trasladadas o permanecer en el depósito temporal designado por el dueño o consignatario o en la Zona Primaria con Autorización Especial.

### **2.7. Levante de envíos de entrega rápida**

Respecto al levante de mercancías despachadas como envío de entrega rápida la Administración aduanera ha dispuesto un procedimiento aduanero separado y expedito que en circunstancias normales permita el despacho aduanero dentro de las seis (6) horas siguientes a la presentación de los documentos aduaneros necesarios, siempre que el envío haya arribado.

Al respecto debemos mencionar que de acuerdo a la normatividad vigente los envíos de ingreso se clasifican en:

- a) Categoría 1: comprende la correspondencia, documentos, diarios y publicaciones periódicas, sin fines comerciales.
- b) Categoría 2: comprende las mercancías hasta por un valor FOB de doscientos y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 200,00) por envío.
- c) Categoría 3: comprende:
  - Mercancías cuyo valor FOB sea superior a doscientos y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 200,00) hasta un máximo de dos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 2 000,00), por envío. Permanecen en esta categoría las mercancías a las que se les ha determinado un valor FOB de hasta tres mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 3000,00) como consecuencia de la determinación del valor en aduana, incluso si se encuentran sujetas al régimen de percepciones del impuesto general a las ventas (IGV).
  - Medicamentos que ingresen para el tratamiento de enfermedades oncológicas, VIH/sida y diabetes, cuyo valor FOB sea superior a doscientos y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 200,00) hasta un máximo de diez mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 10 000,00) y estén consignados a una persona natural en tratamiento médico debidamente acreditado.
  - Mercancías para reimportación en el mismo estado cuyo valor FOB por envío no exceda de cinco mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 5000,00), siempre que la exportación se hubiera realizado mediante DSEER.
- d) Categoría 4: comprende las mercancías que no se clasifican en las categorías anteriores o que:
  - Se encuentran afectas al impuesto selectivo al consumo, siempre que su valor sea superior a doscientos y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 200,00) por envío.
  - Estén sujetas a recargos, tratos preferenciales nacionales o internacionales o códigos liberatorios.
  - Gocen de beneficio tributario distinto a la inafectación prevista en los incisos h) y m) del artículo 147 de la Ley; el inciso p) del artículo 2 de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo.
  - Constituyan valija diplomática.

De otro lado, los envíos de salida se clasifican en:

- a) Categoría 1: comprende la correspondencia, documentos, diarios y publicaciones periódicas, sin fines comerciales.
- b) Categoría 2: comprende las mercancías hasta por un valor FOB de doscientos y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 200,00) por envío.
- c) Categoría 3: comprende las mercancías cuyo valor FOB sea superior a doscientos y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 200,00), hasta un máximo de dos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 2 000,00), por envío.
- d) Categoría 4: comprende las mercancías que no clasifican en las categorías anteriores, tales como mercancías restringidas, valija diplomática, muestras sin valor comercial, aquellas que regularicen algún régimen aduanero precedente, las que se acogen al procedimiento de restitución simplificado de derechos arancelarios o al de reposición de mercancías con franquicia arancelaria y otras que se requieran destinar con subpartida nacional diferente a las contenidas en la partida 98.09.

Las mercancías de la categoría 4 se subclasifican en: (1) cuando su valor FOB sea superior a dos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 2000,00) por envío; y, (2) cuando su valor FOB sea inferior o igual a los dos mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 2000,00) por envío.

## **2.8. Resoluciones anticipadas**

Nuestra legislación aduanera contempla que la administración aduanera pueda emitir las resoluciones anticipadas relacionadas con la clasificación arancelaria, criterios de valoración aduanera de mercancías, así como la aplicación de devoluciones, suspensiones y exoneraciones de aranceles aduaneros, la reimportación de mercancías reparadas o alteradas, y otros, se regularán y emitirán de conformidad con los tratados o convenios suscritos por el Perú.

Las resoluciones anticipadas son emitidas dentro de los noventa (90) días calendario siguiente a la presentación de la solicitud. Para tal efecto, de ser necesario, la administración aduanera puede requerir al interesado la presentación de documentación, muestras y/o información adicional, o la precisión de hechos citados por este. Las resoluciones anticipadas se emiten sobre la base de los hechos, información y/o documentación proporcionada por el solicitante, y sujetan su trámite al procedimiento no contencioso previsto en el Código Tributario.

Específicamente la administración aduanera ha puntualizado el ámbito de aplicación o criterios que comprenden las resoluciones anticipada, así tenemos:

- Las resoluciones anticipadas relacionadas con criterios de valoración aduanera de mercancías determinan la aplicación de normas técnicas y tributarias aduaneras referidas a valoración, y proporcionan criterios para la aplicación de los métodos de valoración correspondientes a un caso particular con anterioridad al momento en que se realiza su importación.
- Las resoluciones anticipadas relacionadas con la devolución, suspensión, exoneración de aranceles aduaneros, así como para la reimportación de mercancías reparadas o alteradas, determinan la aplicación de normas técnicas y tributarias aduaneras a un caso particular con anterioridad al momento en que se realiza su importación en el marco del acuerdo comercial.

- La resolución anticipada sobre aplicación de cuotas determina si la mercancía puede ser elegible para asignarle una porción de la cantidad de contingente arancelario establecido en el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos, correspondiente a un caso particular con anterioridad al momento en que se realiza su importación.
- La resolución anticipada de origen determina si una mercancía en particular, con anterioridad al momento en que se realiza su importación, puede calificar como originaria de conformidad con el tratado.

### 3. OTROS ACCIONES IMPLEMENTADAS POR LA ADMINISTRACIÓN ADUANERA ORIENTADAS A LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR

Siempre en cumplimiento del principio de facilitación del comercio exterior, pilar en la estructura del despacho aduanero, la administración aduanera viene desarrollando dos sistemas que contribuyen a la fluidez y agilización de los procesos de despacho. Estos son:

- a) *El Programa de Facilitación Aduanera, Seguridad y Transparencia (FAST)*, que constituye una iniciativa que plantea facilitar, agilizar, automatizar y transparentar los procesos de entrada y salida de mercancías en las aduanas del país, así como en los procesos complementarios de control de operadores, todos ellos integrados a los procesos transversales de gestión de riesgo y seguridad de la cadena logística. Este programa está conformado por cuatro proyectos componentes: (1) operadores; (2) ingreso; (3) salidas; y, (4) gestión de riesgo; los cuales, en su conjunto, son piezas claves para el cumplimiento en los objetivos estratégicos de la Sunat para mejorar el cumplimiento tributario y aduanero, y reducir los costos de cumplimiento de las obligaciones tributarias y aduaneras. Este programa busca reducir los tiempos de despacho aduanero, eliminando trámites presenciales mediante el uso de formatos electrónicos, implementando despachos diferenciados para OEA, fortaleciendo el intercambio de información con los operadores de comercio exterior, uso intensivo de tecnologías de punta a fin de mejorar la competitividad y contribuir a la mejora de los servicios aduaneros y logísticos, logísticos y control.
- b) *Sistema Electrónico de Intercambio de Documentos Aduaneros (Seida)*, a través del cual la administración aduanera implementa un nuevo esquema de transmisión de las declaraciones aduaneras, manifiestos de carga y otros documentos aduaneros en formato XML, para su respectiva validación y aceptación. Este sistema está implementado como un servicio web y realiza las siguientes validaciones:
  - Validación en línea, que permite identificar errores de estructura de los datos, formatos, tipos de datos, datos obligatorios, autenticación con Clave SOL.
  - Y una validación en diferido, que permite aplicar las reglas de negocio a la información, de acuerdo a la transacción a realizar. La respuesta a esta validación debe ser consultada mediante el mismo servicio.
  - El servicio requiere ser autenticado con la Clave SOL y utiliza el estándar en esquema de aseguramiento de servicios web, conocido como WS-Security. El modelo permite el proceso de la recepción y validación de muchos documentos en simultáneo, agilizando los trámites aduaneros que se realizan por transmisión electrónica.

La respuesta del *web service* consta de las siguientes secciones:

- Cabecera (información general)

- Cuerpo de la respuesta (de existir una, puesto que cuando hay errores o advertencias, no se genera)
- Errores (de existir)
- Advertencias (de existir), en el archivo XML los puede ubicar como *warnings*.

#### 4. CONCLUSIÓN

La administración aduanera, en el marco de la tendencia internacional y a luz de las propuestas contenidas en el Acuerdo sobre Facilitación de Comercio (AFC), ha implementado una serie de procedimientos u operaciones contenidos en la Ley General de Aduanas, su Reglamento, procedimientos de despacho, y demás normas relacionadas al despacho aduanero, orientadas a la facilitación del comercio exterior.

Es así que podemos considerar entre las principales instituciones recogidas en la Ley General de Aduanas las regulaciones sobre el principio de facilitación del comercio exterior, la publicidad de las normas técnicas, la implementación del operador económico autorizado, la implementación de la modalidad de despacho anticipado como instrumento para la agilización del despacho aduanero, el levante de la mercancía con garantía de los tributos a la importación y demás gravámenes, normas sobre gestión de riesgo, levante de envíos de entrega rápida, agilización del levante, resoluciones anticipadas, entre otras.

Finalmente, cabe mencionar que la administración aduanera viene desarrollando e implementando programas y sistemas destinados a facilitar el comercio exterior, como es el caso del Programa de Facilitación Aduanera, Seguridad y Transparencia (FAST) y el Sistema Electrónico de Intercambio de Documentos Aduaneros (Seida).





**ARBITRAJE Y OTROS MEDIOS  
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**



## CONVENIO ARBITRAL Y PÓLIZA DE SEGUROS

*Manuel Diego Aramburú\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Contrato de seguro y convenio arbitral.— 3. ¿Es lícito pactar arbitraje con relación a un contrato de seguros?— 4. Conclusión.

### 1. INTRODUCCIÓN

A simple vista, pareciera que existe alguna incompatibilidad entre algunos artículos de la Ley n.º 29946, Ley del Contrato de Seguros, que regulan el acceso al arbitraje con motivo de la contratación de un seguro y el momento en el que se debe pactar el arbitraje, lo que pareciera imponer una prohibición o limitación al acceso a arbitraje en materia de seguros.

A raíz de la promulgación de la Ley antes referida, uno de los temas que resulta interesante tratar cuando analizamos el arbitraje en materia de seguros es, sin duda, la discusión acerca de si es lícito o no pactar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias vinculado a o respecto de un contrato de seguros o póliza de seguros. Aquí analizaremos la situación descrita, es decir, si es legalmente válido que las partes pacten o acuerden someter sus eventuales conflictos relacionados con una póliza de seguros a un arbitraje, cuándo deben hacerlo y cómo deben hacerlo.

### 2. CONTRATO DE SEGURO Y CONVENIO ARBITRAL

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la Ley del Contrato de Seguros, el contrato de seguro «[...] es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas».

La Ley del Contrato de Seguros, conforme al artículo 1 de las disposiciones generales, aplica a todas las clases de seguro y tiene carácter imperativo, salvo que admita expresamente lo contrario. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.

De otro lado, como sabemos, el arbitraje es un mecanismo privado y heterocompositivo de resolución de conflictos que necesita de la voluntad de las partes —en la mayoría de los casos— para su aplicación y funcionamiento. El arbitraje forma parte de lo que se conoce como «justicia privada», pues el tribunal arbitral no es un órgano dependiente del Estado como es el Poder Judicial y, además, son las partes las que de una u otra manera eligen al tribunal que resolverá la controversia.

El convenio arbitral, como sabemos, es el pacto mediante el cual las partes se sustraen de la jurisdicción ordinaria y deciden voluntariamente que sus eventuales divergencias sean resueltas a través de este mecanismo de solución de controversias.

En Perú, el arbitraje está regulado en el Decreto Legislativo n.º 1071 y sus modificatorias (en adelante, la Ley de Arbitraje), sin dejar de mencionar que existen regulaciones especiales como aquella

---

\* Estudios profesionales en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Efectuó estudios de posgrado en Derecho en Columbia University (New York), donde obtuvo el grado de *Master In Law*.

contenida en la norma que regula la contratación pública. La Ley de Arbitraje es aplicable, conforme a lo establecido en el artículo 1 de la misma, a los arbitrajes cuyo lugar se encuentre dentro del territorio peruano, sea el arbitraje nacional o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de la Ley de Arbitraje serán de aplicación supletoria.

Además, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje regula qué materias pueden someterse a arbitraje, indicando, textualmente, lo siguiente:

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

[...].

### 3. ¿ES LÍCITO PACTAR ARBITRAJE CON RELACIÓN A UN CONTRATO DE SEGUROS?

La respuesta es sí. En mi opinión, no cabe duda de que es lícito pactar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias relacionadas con un contrato de seguros. El problema, aparentemente, se encuentra en el momento, la forma y los límites para pactarlo, que ha impuesto la regulación en materia de seguros.

Como indicamos líneas arriba, la Ley de Arbitraje en el inciso 1) del artículo 2 establece que las materias que son susceptibles de ser sometidas a arbitraje son aquellas de libre disposición conforme a derecho y aquellas que la ley o los tratados internacionales autoricen. ¿Qué sucede con la Ley del Contrato de Seguros?; ¿por qué ha establecido límites a la voluntad de las partes?; ¿qué se pretende proteger y a quién? Frente a estas interrogantes, la respuesta pareciera ser que se quiere proteger a la parte contraria a las compañías de seguros debido a la poca posibilidad de negociar las pólizas de seguros a las que se enfrenta un asegurado. En este contexto, se entiende que el asegurado es la parte débil de la relación contractual, pues se considera que cuando estamos ante una póliza de seguro nos encontramos frente a un contrato que poco o nada puede negociarse, normalmente es un contrato por adhesión.

Importante recordar que en el Perú contratar arbitraje a través de cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión está permitido, así el artículo 15 de la Ley de Arbitraje admite pactar convenios arbitrales a través de estos mecanismos como lo son las pólizas de seguros e indica que para ser válidas deben ser conocidas por las partes, estableciendo reglas particulares al respecto. Así, establece lo siguiente:

En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles solo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.

Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:

- a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.
- b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.
- c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

Como se puede ver, la Ley de Arbitraje permite expresamente la posibilidad de incorporar convenios arbitrales en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión y solo exige que estos sean conocidos o sean conocibles por quien no los redactó, actuando con diligencia ordinaria.

Ahora bien, ¿qué sucede con la Ley del Contrato de Seguros? Por un lado, el literal c) del artículo 40 de la referida norma señala que las empresas, entendiéndose como tales las de seguros, se encuentran prohibidas de incluir en las pólizas de seguro cualquier cláusula que prohíba o restrinja el derecho del asegurado a someter la controversia al Poder Judicial, bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de su derecho a acordar con el asegurador, una vez producido el siniestro, el sometimiento de la controversia a la vía arbitral o a otro mecanismo de solución de controversias:

[...] las empresas están prohibidas de incluir en las pólizas de seguro las siguientes estipulaciones, que serán nulas de pleno derecho:

[...]

c) Cláusulas que prohíban o restrinjan el derecho del asegurado a someter la controversia a la vía judicial, sin perjuicio de su derecho de acordar con el asegurador, recién una vez producido el siniestro, el sometimiento del caso a arbitraje u otro medio de solución de controversias.

Como se puede ver, este literal c) prohíbe que las pólizas de seguros incluyan un pacto o convenio arbitral, bajo sanción de nulidad, pero deja abierta la opción o la posibilidad para pactar arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, pero solo una vez ocurrido el siniestro. Por tanto, si se incluye un convenio arbitral en la póliza de seguros, lo que evidentemente ocurre antes que el siniestro se haya producido, será nulo y se entenderá como no puesto. De eso no hay duda.

Pero, por otro lado, en el artículo 46 de la Ley del Contrato de Seguros se establece que las partes pueden pactar libremente el sometimiento de sus diferencias derivadas del contrato de seguro a la jurisdicción arbitral siempre y cuando superen los límites económicos por tramos fijados por la Superintendencia para este efecto. En buena cuenta, que sean superiores a 20 UIT. Es decir, este artículo solo pone una limitación en el monto, pero no en la forma, lugar y, lo más importante, no limita el momento en el cual se puede pactar arbitraje. Notemos que este segundo supuesto no hace referencia alguna a la póliza de seguros:

Las partes pueden pactar libremente el sometimiento de sus diferencias derivadas del contrato de seguro a la jurisdicción arbitral, siempre y cuando superen los límites económicos por tramos fijados por la Superintendencia para este efecto. En el caso de contratantes, asegurados y/o beneficiarios que tengan la condición de consumidores, conforme al Código de Protección y Defensa del Consumidor, son de aplicación las normas pertinentes.

Cabe preguntarse entonces, respecto del literal c) del artículo 40 y del artículo 46 de la Ley del Contrato de Seguro, lo siguiente: ¿el convenio arbitral puede existir previo a la existencia del siniestro, pero no formar parte de la póliza de seguros? Es un cuestionamiento interesante y la respuesta, en mi opinión, es afirmativa, aunque no absoluta.

Si bien este tema no es pacífico y se ha sostenido, no en pocas oportunidades, que conforme a la normatividad existente no se puede pactar arbitraje de manera anticipada a la existencia del siniestro, considero lo contrario y en las líneas siguientes explicaré las razones de mi discrepancia.

Si analizamos los dos artículos, esto es, el literal c) del artículo 40 y el 46 de la Ley del Contrato de Seguro, a primera vista, pareciera que existe una contradicción, porque el primero prohíbe incluir convenios arbitrales en las pólizas de seguros, bajo sanción de nulidad, y luego se señala que las partes pueden acudir a la vía arbitral una vez ocurrido el siniestro; y el segundo pareciera permitir el pacto de arbitraje libremente, sin restricción de forma ni de tiempo, solo cumpliendo con los topes indicados por la Superintendencia.

Una interpretación simple de ambas normas pareciera indicar que las partes pueden libremente pactar, someter sus diferencias o controversias a arbitraje, siempre y cuando antes haya ocurrido un siniestro (es decir, ya existe el conflicto) y que la cuantía del mismo supere los límites fijados por la Superintendencia. En mi opinión, ello no es así.

Antes de desarrollar y exponer las razones por las que considero que ello no es así, creo que es importante indicar que las restricciones o posibles restricciones impuestas por la ley constituyen un claro retroceso para el arbitraje de seguros en el Perú, ya que, en el fondo, esta regulación se asemeja a la antigua forma de pactar arbitraje a través de cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, que por años impidió que se desarrolle el arbitraje en nuestro país.

Al respecto de lo señalado, antes de la modificación de la forma de pactar arbitraje en el Perú y el cambio por lo que hoy conocemos como convenio arbitral, la manera de pactar arbitraje era a través de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, el problema que este tipo de acuerdos presentaba era que llegada u ocurrida la controversia, las partes no podían acudir directamente al arbitraje, pues aunque hubieren celebrado la cláusula compromisoria debían necesariamente celebrar el compromiso arbitral, es decir, debían llegar a un segundo acuerdo, cuando ya existía el conflicto. En este segundo acuerdo debían precisarse los alcances de la controversia y se debía expresar la voluntad de las partes de colocar esa controversia en manos de un árbitro. Esta manera de pactar arbitraje fue la sentencia de muerte de los arbitrajes, pues al tener que negociar con un conflicto vigente, lo más probable es que la parte «culpable» hiciera todo lo que estuviera a su alcance para dificultar que se pueda llevar adelante el arbitraje.

Cuando inicié mis estudios en arbitraje no me hacía sentido que se requiriera la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral como manera de pactar arbitraje. En Perú no había casi doctrina a la que se pudiera consultar y no se conocía mucho del tema, ya que no era usual encontrar casos arbitrales. Fue el profesor Alejandro Garro, allá por el año 1990, quien me explicó el antecedente de esta manera de pactar arbitraje y comprendí que no tenía un fundamento legal o jurídico, sino que era más una historia política.

Así, pues, como es lógico, cuando llega la controversia, las partes ya no están en buenos términos como normalmente sucede al inicio de la relación contractual, pues en ese momento las partes hacen todos los esfuerzos necesarios para celebrar el contrato y cumplir con sus obligaciones contractuales, pero cuando hay un pleito, una diferencia o un conflicto, las buenas relaciones comerciales empiezan a afectarse, las posiciones son discrepantes y las partes tendrán intereses distintos.

Por tanto, hay que ser bastante inocente para pensar que existiendo un conflicto será un buen momento para considerar posible que las partes, lleguen a un acuerdo, sobre todo, a un acuerdo por el cual decidirán la manera en que se resolverá la controversia. No cabe duda de que el mejor momento para suscribir un acuerdo de esta naturaleza es cuando las partes están en buenas relaciones y no cuando tienen un conflicto, pues las partes se vuelven poco colaborativas y la tensión entre ellas aumenta, ya que cada una intentará cautelar sus intereses.

Es lógico, además, considerar que ante un conflicto siempre hay una parte que puede sentirse «culpable» o «perdedora» y, de ser este el caso, la parte que siente que podría perder, conociendo que un juicio ante la jurisdicción ordinaria tiene una duración más prolongada que un arbitraje, haga todo lo que esté a su alcance para dilatar o, simplemente, no aceptar suscribir el acuerdo que lo obligue a arbitrar. Eso es lo que ocurría cuando se exigía la celebración de compromiso arbitral para acudir al arbitraje, en la práctica, haciendo que sea casi imposible lograrlo.

Incluso, ante la negativa de una parte a suscribir el compromiso arbitral, las partes debían iniciar un proceso judicial para resolver este problema, pudiendo llegar hasta la Corte Suprema solo para otorgar el compromiso arbitral y obligar a la parte renuente a ir arbitraje. Esta es una de las razones por las que en el Perú de antes de los años noventa no había arbitrajes, o había muy pocos.

No cabe duda, entonces, que la regulación anterior generaba dilaciones innecesarias con respecto al inicio del arbitraje o, si somos completamente sinceros, prácticamente impedía su realización. Esta solución no era práctica ni lógica.

Ahora bien, ¿en qué se relaciona esta explicación sobre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral con el literal c) del artículo 40 de la Ley del Contrato de Seguro?, pues en que si analizamos lo que ha regulado y cómo ha regulado dicho artículo, parece que nos ha traído de regreso a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral como forma de pactar arbitraje, forma que hace bastante tiempo ya había sido desterrada, pues parece señalar que las partes, para celebrar un acuerdo para resolver sus diferencias mediante arbitraje —convenio arbitral—, en el marco de un contrato de seguros —Póliza de Seguros— deben hacerlo luego de surgido el siniestro, es decir, cuando ya existe la controversia. Al respecto, nos preguntamos: ¿será ello posible? Esta supuesta regulación, que, entendemos, quiere ser protectora, ¿a quién beneficia: a la compañía de seguros o al asegurado?

A manera de crítica, y desde mi punto de vista, el legislador —tal vez un experto en seguros—, al momento de redactar este artículo no tuvo presente a quién beneficiaba o no esta norma, pues la restricción que la misma ha impuesto es una condición que beneficia a la compañía de seguros que debería pagar la indemnización, ya que la compañía de seguros tendrá, conforme a esta norma, la posibilidad de recorrer el largo camino de los pasillos del Poder Judicial para defender su posición, ya que es sabido que un proceso judicial no es un procedimiento simple ni corto.

Tal vez, el legislador ha querido proteger al asegurado de los altos costos del arbitraje. En mi opinión, esto también es un error, primero por la celeridad de los arbitrajes, lo que hace que las eventuales indemnizaciones se reciban antes y que con ello se satisfaga al perjudicado, no obstante tenga que asumir costos, y además porque los gastos y costos arbitrales son normalmente reconocidos a favor de la parte vencedora, y no tengo dudas de que un tribunal arbitral los concederá cuando una compañía de seguros no ha «querido» pagar una indemnización a un asegurado y este gana el arbitraje.

Regresando al análisis realizado, he señalado que considero que sí se puede pactar anticipadamente acudir a la vía arbitral para resolver las diferencias generadas como consecuencia de una póliza de seguros, pero debo señalar que el pacto no podrá constar en la propia póliza de seguros, pues la norma lo prohíbe, pero considero que sí podría constar en otro documento, negociado entre las partes, lo que no está prohibido.

Como ya he señalado, considero que el legislador ha querido proteger al asegurado de que la compañía de seguros, que tiene una posición de poder en la relación contractual, le imponga u obligue ir a arbitraje para resolver sus controversias. Pero ello no quiere decir que las partes no puedan pactarlo fuera de la póliza.

De esta manera, para realmente otorgar una protección efectiva a la parte débil, es decir, al asegurado, lo primero que debió hacerse es dejar en sus manos la decisión de protegerse y de qué protegerse, así debió permitirse al asegurado optar si acepta ir o no al arbitraje, pues ir al arbitraje también puede ser una protección para el asegurado. Como se puede advertir, no solo es una norma paternalista, sino, además, en mi opinión, no cumple con su objetivo.

El inciso c) del artículo 40 de la Ley del Contrato de Seguros, claramente prohíbe incluir un convenio arbitral en una póliza de seguros y lo hace en ese afán proteccionista, en mi opinión, porque una póliza de seguros es un contrato por adhesión<sup>1</sup> y, por tanto, no se negocia, pero esta prohibición no quiere decir que parte de del contrato de seguro no pueda ser negociado y como parte de dicha negociación pactar arbitraje.

---

<sup>1</sup> La Ley reconoce en el artículo III de las disposiciones generales que el contrato de seguro es uno por adhesión: «El contrato de seguro se celebra por adhesión, excepto en las cláusulas que se hayan negociado entre las partes y que difieran sustancialmente con las preredactadas».

Si bien no resulta posible incluir un convenio arbitral en una póliza de seguros, ya que ello está sancionado con nulidad, nada impide pactarla negociarla y celebrarla luego de emitida póliza, aun cuando no haya ocurrido el siniestro, siempre que sea negociada entre las partes y no forme parte de la póliza de seguros, ello no contradice la norma.

Entonces, ¿qué sucede si se celebra un convenio arbitral en un documento independiente a la póliza. En mi opinión, es perfectamente posible, este acuerdo separado no forma parte de la póliza de seguros, porque el convenio arbitral es un contrato separado del contrato que lo contiene y más aún del que se refiere cuando no lo contenga, ello de acuerdo con el principio de separabilidad del convenio arbitral. Es decir, el hecho de que se celebre el convenio arbitral fuera de la póliza de seguros y que se refiera a la misma no lo hace parte de la póliza de seguros, por tanto, al pactarse de este modo no se incurriría en la nulidad a la que se refiere el inciso c) del artículo 40 al que ya nos hemos referido. Además, este convenio arbitral tampoco será una cláusula por adhesión, pues se trataría de un convenio arbitral negociado entre las partes.

Conforme se ha sostenido, la prohibición del inciso c) del artículo 40 de la Ley del Contrato de Seguro es respecto de la inclusión del convenio arbitral en la póliza de seguros. Ahora bien, el texto siguiente del mismo artículo señala que «[...] sin perjuicio de su derecho de acordar con el asegurador, recién una vez producido el siniestro, el sometimiento del caso a arbitraje u otro medio de solución de controversias [...]».

Si se analiza detenidamente, esta no es una prohibitiva, sino, todo lo contrario, es permisiva. Interpretar de manera distinta generaría que el artículo 46 de la Ley del Contrato de Seguro devenga en inútil. Este artículo 46 permite expresamente pactar arbitraje libremente y sin restringir el pacto anticipado, pero claramente debe pactarse fuera de la póliza de seguros y siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de negociar las condiciones del convenio. La única restricción que ha colocado la norma es que la controversia debe ser mayor a 20 UIT. Es así que vemos que no existe realmente una contradicción entre las normas, por lo que es posible pactar arbitraje anticipadamente, pero debe hacerse fuera de la póliza de seguros mediante un convenio arbitral negociado y no impuesto.

#### 4. CONCLUSIÓN

Como conclusión, desde mi punto de vista es válido pactar un convenio arbitral respecto de una póliza de seguros, con base en el artículo 46 de la Ley del Contrato de Seguros, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: (i) no esté incluido en la póliza; (ii) sea negociado; y, (iii) debería estar sujeto a condición suspensiva a que la controversia surgida sea mayor a 20 UIT.



# ¿MEZCLANDO EL AGUA CON EL ACEITE? EL DERECHO PRIVADO Y LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO: A PROPÓSITO DE LA ANULACIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL POR APLICAR EL CÓDIGO CIVIL

*Luciano Barchi Velaochaga\**

**Sumario:** Homenaje.— 1. El caso: la sentencia de anulación del laudo arbitral.— 2. ¿En qué consistió la controversia?— 3. El objeto de nuestro análisis.— 4. El pago en el Código Civil.— 4.1. La dinámica de la relación obligatoria.— 4.2. Noción de pago.— 4.3. La naturaleza jurídica del pago.— 4.4. La fase dinámica del pago.— 4.4.1. El ofrecimiento de pago.— 4.4.2. La aceptación de la prestación.— 4.4.2.1. Naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor.— 4.4.2.2. La necesidad de la cooperación.— 4.5. La verificación y la aceptación como recepción conforme de la prestación.— 4.5.1. La prestación conforme.— 4.5.2. La prestación no conforme.— 4.5.3. ¿Puede hablarse de aceptación tácita de la prestación en el Código Civil?— 5. El pago en la «normativa de contrataciones del Estado».— 6. El análisis de la controversia.— 7. El artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017.— 7.1. Generalidades.— 7.2. El orden de preferencia en la aplicación del derecho.— 7.3. La norma de orden público, la anulación del laudo arbitral y el control judicial sobre el fondo del laudo.— 7.3.1. La norma de orden público.— 7.3.2. La anulación del laudo arbitral por infracción de norma de orden público material.— 7.3.3. El control judicial sobre el fondo del laudo.— 7.4. La justificación del artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017.— 8. Referencias bibliográficas.

## HOMENAJE

El presente ensayo ha sido escrito para rendir un merecido homenaje a César Guzmán-Barrón Sobrevilla, destacado profesor universitario y experto en mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Este es un humilde reconocimiento a su dilatada carrera docente.

### 1. EL CASO: LA SENTENCIA DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

La Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial en el Expediente n.º 8-2015-0, mediante Resolución n.º 11 de fecha 14 de agosto de 2015, declaró fundado el recurso de anulación del laudo arbitral presentado por la entidad, la cual invocó como causal de anulación la contenida en el artículo 52, inciso 3 del Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado. En tal sentido, la Segunda Sala Civil declaró inválido el laudo arbitral de fecha del 3 de noviembre de 2014 (en adelante, laudo arbitral).

La entidad reclamó que la árbitra<sup>1</sup> única, al resolver el conflicto, no aplicó la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento, sino el Código Civil, incumpliendo la norma de orden público contenida en el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017. De acuerdo con la entidad debió aplicarse lo dispuesto por los artículos 176, 177, 178 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones

\* Abogado por la Universidad de Lima (UL). Magister en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Candidato a doctor en Derecho por la PUCP. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la UL y en la Maestría de Derecho con mención en Derecho Civil de la PUCP. Árbitro.

<sup>1</sup> La palabra árbitro empieza con «a» tónica y correspondería utilizar el determinante «el» como ocurre, por ejemplo, con «águila» o «hacha». Sin embargo, teniendo en cuenta que en el caso de «árbitra» sí existe el masculino «árbitro» corresponde hablar de «la árbitra».

del Estado (en adelante, RLCE) que no contemplan las figuras de la «la aprobación tácita de las prestaciones», sino que, por el contrario, exigen la verificación del cumplimiento de las condiciones contractuales para otorgar la conformidad de la obra ejecutada y posterior pago, por lo que entiende que no cabe en la contratación estatal ni en la privada una aprobación del cumplimiento de prestación por silencio.

La Segunda Sala Civil señaló que la árbitra única sustentó su decisión de emplear las figuras jurídicas recogidas en el Código Civil como la «aceptación tácita» expresando en el punto 11 de dicho pronunciamiento que no encontrándose regulada la figura de la aprobación tácita con relación a la conformidad de la prestación en la «normativa de contrataciones del Estado» es que consideró aplicable a la controversia el Código Civil: «por ser esta la norma que regula lo referente al acto jurídico y al cumplimiento de las obligaciones contractuales, evocando para ello lo preceptuado por el artículo 141 del Código Civil, que establece las formas como puede ser expresada la voluntad, a saber: expresa o tácita». Al respecto, la Segunda Sala Civil afirmó:

[...] no se puede dejar de observar que tal proceder no guardó el orden de prelación previsto por el Artículo 52°.32 de la Ley de Contrataciones del Estado, desde que de acuerdo a este, antes de la aplicación de las normas de derecho privado, se debió recurrir a las normas de derecho público que fueran pertinentes (como —solo a manera de ejemplo— la Ley del Procedimiento Administrativo General o la Ley n.º 29060), cuyo objetivo de descarte en su examen valorativo y jurídico no mereció explicación alguna, incidiéndose de modo adicional en la vulneración del debido proceso.

Asimismo, señaló:

[...] se aprecia que en el supuesto negado del ajuste a ley en la aplicación de las normas del derecho privado antes que las del derecho público, se colige que el sustento expresado por la árbitra única resulta insuficiente, en atención a la falta de interpretación sistemática de la norma que invoca con la disposición contenida en el artículo 142° [sic] del Código Civil, lo que era imprescindible, dados los alcances de la controversia planteada, la connotación pública de la relación que unía a los celebrantes, el interés público que mediaba y la solución que pretendía otorgar a lo que —insistimos— consideró vacío en la Ley de Contrataciones del Estado.

Y concluyó:

En ese contexto, la actuación de la árbitra única [sic], en relación a la aplicación supletoria del Código Civil, desconoció objetivamente el orden de prelación o jerarquía normativa recogido por el Artículo 52°.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que este colegiado concluye que el laudo materia de la presente revisión de validez debe ser anulado y la árbitra única emitir nuevo pronunciamiento en el que se respete la prelación normativa en materia de contratación con el Estado.

La anulación del laudo arbitral se sustentó en el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 que establecía:

El arbitraje será de derecho y resuelto por el árbitra único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. *Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.* (Énfasis agregado)

De acuerdo con lo que se señala en el laudo arbitral, la segunda pretensión principal del contratista fue la siguiente:

<sup>2</sup> Al referirse a algún artículo del Código Civil (o de cualquier norma) se suele abreviar como número ordinal (ejemplo, artículo 10º, que se leería como «artículo décimo» (en estricto la abreviatura es la última letra voladita «o»: 10.º). Esto es un error puesto que los artículos del Código Civil son números cardinales, no ordinales (así, en el ejemplo, es artículo diez). En el caso de los artículos del Título Preliminar los 10 primeros se leen como ordinales (artículo III, es artículo tercero) y si hubiera más de 10 luego de este se leerían como cardinales (artículo XI, sería artículo once).

Que al haberse presentado el informe final en cumplimiento a la cláusula séptima del contrato (plazo y condiciones de ejecución contractual), y la entidad al no haberlo observado y/o pronunciado dentro del plazo pactado en la cláusula décima (conformidad), *se declare por consentida la aprobación del informe final (culminación del servicio de consultoría), al haber transcurrido 10 días calendario para su aprobación.* (Resaltado agregado)

En tal sentido, como segundo punto controvertido se estableció: «Determinar si corresponde o no declarar consentida la aprobación del informe final (culminación del servicio de consultoría)».

De acuerdo con el contratista, en la cláusula séptima del Contrato n.º 096. 2013/SUNAT y en el numeral 2.10 del capítulo II denominado «Del proceso de selección» de las bases integradas se establecieron el plazo y las condiciones de ejecución de la siguiente forma:

| N.º de entregable | Descripción del entregable        | Plazo de entrega                                                                                            | Pago                                         | Órgano encargado                          |
|-------------------|-----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------|-------------------------------------------|
| 1                 | Plan de trabajo                   | Dentro de los cinco (5) días calendario contados partir del día siguiente del inicio del plazo de ejecución | 20 % (a la aprobación del plan de trabajo)   | Gerenciamiento de Organización y Procesos |
| 2                 | Resumen ejecutivo e informe final | A los ciento quince días (115) calendario siguiente de la aprobación del plan de trabajo.                   | 80 % (a la aprobación del resumen ejecutivo) | Gerenciamiento de Organización y Procesos |

El contratista indica que presentó el informe final de trabajo de consultoría el 26 de julio de 2013, dentro del plazo establecido y que, de acuerdo con lo señalado en el numeral 8.2 de los términos de referencia del proceso ADP n.º 0036-2012-SUNAT/4GOOOO - Primera Convocatoria, el «resumen ejecutivo y el informe final» debían ser aprobados en el plazo máximo de 10 días calendario, contados a partir del día siguiente de su recepción. Expresamente señaló:

El resumen ejecutivo y el informe final deberán ser aprobados en el plazo máximo de diez (10) días calendario, contados a partir del día siguiente de su recepción, por la División de Organización y Procesos, quien verificará que los resultados contenidos en estos, [sic] se ajusten a los términos de referencia y la operatividad de la institución. (Resaltado agregado)

Al respecto la árbitra única en el laudo arbitral afirmó:

10. Ahora bien, teniendo en cuenta que la pretensión del contratista está orientada a que se declare consentida la aprobación del informe final, corresponde a la árbitra única, verificar si la entidad se pronunció dentro del plazo establecido en las bases integradas y en el contrato.

11. El numeral 8° de los términos de referencia de las bases integradas, señala puntualmente que «el resumen ejecutivo y el informe final» deberán ser aprobados en el plazo máximo de diez (10) días calendario contados a partir del día siguiente de su recepción»; asimismo la cláusula cuarta del contrato señala que «[...] El responsable de otorgar la conformidad de recepción de los servicios deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos».

12. Revisada la documentación presentada, así como las argumentaciones formuladas por las partes se ha podido establecer que la entidad no emitió pronunciamiento alguno respecto al resumen ejecutivo e informe final presentados por el contratista, no habiendo formulado observación alguna al respecto; sin embargo, con posterioridad a la presentación del informe final, la entidad remitió al contratista la Carta Notarial n.º 70-2013-SUNAT/4G3000, resolviendo el contrato, la misma que no está dirigida ni a observar ni a desaprobar el informe final, sino a terminar la relación contractual existente con el contratista.

13. De los fundamentos expuestos, y teniendo en cuenta que la entidad estaba obligada a emitir la conformidad de la prestación «segundo entregable» dentro del plazo de 10 días calendario, su silencio importa una aprobación tácita, y al no haberse controvertido, ni cuestionado dicha aprobación en la vía arbitral, corresponde declararla consentida, por lo que resulta amparable la pretensión del contratista en este extremo».

Como se observa de la lectura del laudo arbitral, la árbitra única en ningún momento señala que aplicará supletoriamente el Código Civil. La remisión al Código Civil la hace en la decisión que resolvió el pedido de interpretación del laudo arbitral —Resolución n.º 15 de fecha 12 de diciembre de 2014—. Así, se señala en la sentencia que anula el laudo arbitral:

Décimo sexto.- Asimismo, la Árbitra Única en la resolución número quince, mediante la cual resolvió la Solicitud de Interpretación presentada por la Entidad demandante, argumentó que: «[...] si bien es cierto, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no prevén la figura de aprobación tácita respecto a la conformidad de la prestación, sin embargo, dicha norma en su artículo 52 numeral 52.3, considera la aplicación de normas de derecho público y/o privado, en casos no contemplados o vacíos de la Ley, siempre y cuando se mantenga el orden de preferencia allí establecidos. [...]». Por otro lado, el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece que: «Las disposiciones del Código Civil se aplicarán supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con ellas» [...]. «[...] En el presente caso, al no estar regulada la figura de la aprobación tácita respecto a la conformidad de la prestación en la Ley de Contrataciones del Estado, la árbitra única ha considerado aplicable a la presente controversia lo dispuesto en el Código Civil, que es la norma que regula lo referente al acto jurídico y al cumplimiento de las obligaciones contractuales». Aprecia este Colegiado que si bien la árbitra única en el laudo cuestionado citó normas del Código Civil, sin fundamentar específicamente en esa oportunidad por qué de tal aplicación, dado que *prima facie* solo correspondía aplicar en primer orden la normativa contractual estatal (lo que no invalidaba *per se* la decisión arbitral por existir un marco legal que permitía tal aplicación supletoria); sin embargo, se observa que se vio compelida a expresar la fundamentación sobre el particular frente a la presentación de la solicitud de interpretación del laudo emitido, a través de la cual se cuestionó la aplicación del Código Civil, habiendo sido puntual en sus fundamentos al expresar que recurrió a las normas del derecho privado ante lo que estimó eran vacíos de la Ley de Contratación del Estado y su Reglamento, en lo concerniente a los temas que a su criterio debía evaluar para solucionar las controversias arbitrales determinadas y porque dichas normas jurídicas así lo permiten.

Décimo séptimo.- La evaluación de tal fundamentación permite a este Colegiado advertir que si bien la árbitra única expresó el sustento que respaldó su decisión de emplear las figuras jurídicas recogidas en el ordenamiento civil sustantivo, como la «aceptación tácita», expresando particularmente en el punto 11 de dicho pronunciamiento que no encontrándose regulada la figura de la aprobación tácita en relación a la conformidad de la prestación en la Ley de Contrataciones del Estado, es que consideró aplicable a la controversia el Código Civil, por ser esta la norma que regula lo referente al acto jurídico y al cumplimiento de las obligaciones contractuales, evocando para ello lo preceptuado por el artículo 141 del Código Civil, que establece las formas como puede ser expresada la voluntad, a saber: expresa y tácita, no se puede dejar de observar que tal proceder no guardó el orden de prelación previsto por el artículo 52.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, desde que de acuerdo a este, antes de la aplicación de normas de

derecho privado, se debió recurrir a las normas de derecho público que fueran pertinentes (como —solo a manera de ejemplo— la Ley del Procedimiento Administrativo General o la Ley n.º 29060), cuyo objetivo descarte en su examen valorativo y jurídico no mereció explicación alguna, incidiéndose de modo adicional en una vulneración al debido proceso.

Décimo octavo.- Asimismo, se aprecia que en el supuesto negado del ajuste a ley en la aplicación de las normas del derecho privado antes que las del derecho público, se colige que el sustento expresado por la árbitro único resulta insuficiente, en atención a la falta de interpretación sistemática de la norma que invoca con la disposición contenida en el artículo 142 del Código Civil, lo que era imprescindible, dados los alcances de la controversia planteada, la connotación pública de la relación que unía a los celebrantes, el interés público que mediaba y la solución que pretendía otorgar a lo que —insistimos— consideró vacío en la Ley de Contrataciones del Estado.

Décimo noveno.- En ese contexto, la actuación de la árbitro único, en relación a la aplicación supletoria del Código Civil, desconoció objetivamente el orden de prelación o jerarquía normativa recogido por el artículo 52.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que este colegado concluye que el laudo materia de la presente revisión de validez debe ser anulado y la árbitro único emitir nuevo pronunciamiento en el que se respete la prelación normativa en materia de contratación con el Estado.

## 2. ¿EN QUÉ CONSISTIÓ LA CONTROVERSIA?

Como se puede apreciar, de acuerdo con la cláusula séptima del Contrato n.º 096. 2013/SUNAT y en el numeral 2.10 del capítulo II denominado «Del proceso de selección» de las bases integradas, el contratista estaba obligado a presentar el «resumen ejecutivo y el informe final» dentro de los 115 días calendario siguientes de la aprobación del plan de trabajo.

El contratista habría presentado el «resumen ejecutivo y el informe final» el 26 de julio de 2013, dentro del plazo establecido.

Conforme al numeral 8.2 de los términos de referencia (TdR) del proceso ADP n.º 0036-2012-SUNAT/4GOOOO - Primera Convocatoria (que forma parte del contrato), el «resumen ejecutivo y el informe final» debían ser aprobados en el plazo máximo de 10 días calendario, contados a partir del día siguiente de su recepción.

La entidad no se pronunció dentro del plazo señalado numeral 8.2 de los TdR y, precisamente, el contratista, en su demanda, pretendió que: «se declare por consentida la aprobación del informe final (culminación del servicio de consultoría), al haber transcurrido 10 días calendario para su aprobación».

La árbitra única consideró que debía entenderse que se había producido una «aceptación tácita» recurriendo el artículo 141 del Código Civil que señala que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita.

El artículo 141 del Código Civil dispone:

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. *Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.*

*No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario. (Resaltado agregado)*

Como se observa, la manifestación de voluntad es tácita cuando se infiere de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. Como explica Roppo, la manifestación

tácita de la voluntad contractual prescinde de los signos lingüísticos, pero es idónea para hacer socialmente perceptible la voluntad del sujeto.<sup>3</sup> Esto no significa que el silencio importe manifestación de voluntad, lo tácito requiere de ciertos actos, actitudes o comportamientos en los que se infiere la voluntad. Como regla, el silencio no importa manifestación de voluntad, salvo en casos particulares.<sup>4</sup>

Para la Segunda Sala Civil, la actuación de la árbitra única al aplicar supletoriamente el Código Civil desconoció objetivamente el orden de prelación o jerarquía normativa recogido por el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017, por lo que concluyó que el laudo arbitral debía ser anulado

### 3. EL OBJETO DE NUESTRO ANÁLISIS

En nuestra opinión, es discutible afirmar que la árbitra única haya aplicado supletoriamente el Código Civil para resolver el caso por el solo hecho de haber citado el artículo 141 del Código Civil, ello independientemente del hecho de que haya confundido una manifestación tácita con la ausencia de manifestación de voluntad (silencio). Asimismo, analizaremos el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 y veremos cómo no solo introduce una causal de anulación distinta a las señaladas en la Ley de Arbitraje, sino que al hacerlo abre la puerta a los jueces para entrar al fondo del asunto.

### 4. EL PAGO EN EL CÓDIGO CIVIL

Adviértase que el caso se refiere a la fase de ejecución de la prestación debida, es decir, al pago.<sup>5</sup> En tal sentido, veremos cómo se regula el tema del pago en el Código Civil y en la «normativa de contrataciones del Estado».

#### 4.1. *La dinámica de la relación obligatoria*

Parafraseando a Díez-Picazo,<sup>6</sup> diremos que la relación obligatoria es un instrumento de cooperación social que se dirige a conseguir el intercambio de bienes y servicios de un sujeto de derecho a favor de otro. En la relación obligatoria, las partes han contemplado o programado ideal o intelectualmente unos comportamientos dirigidos a satisfacer el interés del acreedor.

Como señala el autor español, «las relaciones obligatorias son vínculos dinámicos o, si se prefiere, diacrónicos a través de los cuales los comportamientos programados o proyectados han de ser adecuadamente convertidos en realidad»,<sup>7</sup> en esa dinámica el comportamiento programado puede hacerse realidad o no, de tal manera que estamos frente a la ejecución o inexecución de la prestación debida.

Desde el punto de vista del acreedor, la ejecución o inexecución de la prestación debida nos lleva a la satisfacción o insatisfacción (o lesión) del interés del acreedor. Así, entonces, la ejecución exacta de la prestación (adecuación del comportamiento realizado con el programado inicialmente), la satisfacción del interés del acreedor y el interés del deudor en liberarse de la relación obligatoria son para Díez-Picazo las coordenadas que deben tenerse siempre presente para comprender la dinámica de la relación obligatoria.<sup>8</sup>

Estas tres ideas pueden confluir en un mismo hecho que suponga la ejecución de la prestación debida, la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor, pero también pueden darse hechos que solo realicen el programa previsto de manera parcial: así pueden ser satisfactivos del interés

<sup>3</sup> ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 198.

<sup>4</sup> Artículo 142 del Código Civil: «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el contrato le atribuyen ese significado».

<sup>5</sup> Como se verá más adelante, la normativa de contrataciones del Estado utiliza en término «pago» es su acepción restrictiva para referirse al cumplimiento de la obligación pecuniaria.

<sup>6</sup> Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996, volumen segundo, quinta edición, p. 469.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 470.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 471.

del acreedor sin que suponga genuina ejecución de la prestación debida por el deudor (ejemplo: el pago realizado por un tercero), o que permitan la liberación del deudor sin que suponga la satisfacción del interés del acreedor (por ejemplo, el pago por consignación).

Cuando confluyen las tres coordenadas estamos frente al pago, cuando no confluyen todas las coordenadas estamos, en cambio, frente a subrogados o sustitutivos de aquel.

#### 4.2. *Noción de pago*

El pago es el hecho de exacta ejecución de la prestación de la prestación debida. La prestación designa aquello que es debido, es decir, el programa obligatorio. El pago es la actuación del tal programa.

La doctrina también habla de ejecución o de cumplimiento. En el lenguaje común, el término «pago» designa específicamente el cumplimiento de la obligación pecuniaria,<sup>9</sup> pero en el lenguaje jurídico es el acto de ejecución; así, la ejecución de cualquier prestación es pago. El Código Civil habla de pago en el título II del libro VI.

#### 4.3. *La naturaleza jurídica del pago*

Al referirse al artículo 141 del Código Civil para sustentar una «aceptación tácita» se asume que el pago constituye un negocio jurídico. Sobre la naturaleza jurídica del pago se han distinguido dos posiciones. Una que ve en el pago un negocio jurídico unilateral y la otra, como un contrato real dirigido a la extinción de la relación obligatoria. Ambas han sido fieles al brocardo *solvere est alienare* en virtud del cual el pago como acto traslativo habría tenido la necesidad de la contribución volitiva del deudor (*animus solvendi*). Otros autores se inclinaban por la bilateralidad del negocio solutorio, considerando que existían casos de prestaciones que requerían la cooperación del acreedor y, por tanto, de su explícita contribución volitiva.<sup>10</sup>

El elemento fundamental de las teorías negociales es la consideración del *animus solvendi* en el pago y donde se hace relevante para la invalidez la incapacidad y los vicios de la voluntad del *solvens*.

La tesis ecléctica, denominada «de la variabilidad», «propone una solución pragmática y elástica idónea para ser aplicada a todas las concretas hipótesis de cumplimiento según su peculiaridad que importa una calificación jurídica autónoma reportada a las singulares *fattispecie* concretas».<sup>11</sup> En tal sentido, no es posible atribuir al pago una naturaleza jurídica rígida, ya que puede consistir en una actividad meramente material como en un negocio jurídico unilateral o bilateral. En cualquiera de estos casos, el pago encuentra su fundamento causal en la relación obligatoria preexistente y, por tanto, en la *causa solvendi*.

Gomes considera que el pago tiene una naturaleza variable. No es posible calificar uniformemente el pago. Su naturaleza depende de la cualidad de la prestación y de quien la efectúa. Hecho por un tercero, es un negocio jurídico e, igualmente, si además de cumplir la obligación se transfiere la propiedad del bien entregado por el *solvens* al *accipiens*. En otros casos es un acto jurídico *strictu sensu*.<sup>12</sup>

Díez-Picazo,<sup>13</sup> en España, adopta una teoría ecléctica. El autor español afirma que puede admitirse que el pago presupone el llamado *animus solvendi*, pero reconoce que la voluntad del deudor no es

<sup>9</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1993, tomo 4, p. 262. GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, octava edición, p. 106. CRISTÓBAL MONTES, Angel. «El pago: el papel de la voluntad de acreedor y de deudor». En *Anuario de Derecho Civil*, 1986, p. 538.

<sup>10</sup> Ver CHESSE, Corrado. *L'adempimento*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 22 y ss. CRISTÓBAL MONTES, Angel. *Op. cit.*, p. 546 y ss.

<sup>11</sup> BOZZI, Giuseppe. «Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio». En *Diritto civile* (vol. III: Obbligazioni. I Il rapporto obbligatorio). Milano: Giuffrè, 2009, p. 148.

<sup>12</sup> GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. cit.*, p. 474.

especialmente valorada por el ordenamiento jurídico. Para efectos del pago es más apreciada «la objetiva existencia de la deuda que la libertad y espontaneidad de la voluntad de cumplir»,<sup>14</sup> así nadie discute la idea de que los vicios de la voluntad no son aplicables al pago. El autor español reconoce que el único supuesto que puede admitirse de que el pago tenga naturaleza negocial sería en el caso del acto traslativo de derechos.

Finalmente, Díez-Picazo concluye: «De todo ello se deduce que, aun en aquellos casos en que la ley valora el pago como acto de personas capaces y como acto realizado en forma consciente y voluntaria, la valoración que se hace de la capacidad, de la consciencia y de la voluntad es muy diferente de la que se otorga en tema de negocio jurídico».<sup>15</sup>

En conclusión, Díez-Picazo<sup>16</sup> critica la concepción negocial del pago, puesto que él considera que por negocio jurídico se entiende una autónoma reglamentación de intereses y considera que en el pago no es posible encontrar reglamentación alguna.

Respecto a la naturaleza jurídica del pago Osterling Parodi y Castillo Freyre señalan: «El pago generalmente es un acto jurídico, bilateral o unilateral. Esto depende del artículo 140 del Código Civil peruano, cuando dispone que: “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas [...]”. Pero en otros supuestos, el pago constituye, sin duda, un hecho jurídico».<sup>17</sup>

En efecto, coincidimos en que no es posible atribuir al pago una naturaleza jurídica rígida ya que puede consistir tanto en una actividad meramente material como en un negocio jurídico unilateral o bilateral. Entendemos que en principio el pago es un hecho jurídico *strictu sensu*, pero hay casos en los cuales tiene la naturaleza de un negocio jurídico, así, por ejemplo, en el caso del compromiso de contratar, donde el pago supone la celebración del contrato definitivo, y en el caso de la «venta del crédito», donde la obligación de transferir la titularidad del crédito se cumple con la «cesión de créditos».

El término «válido» utilizado en los artículos 1223 y 1224 del Código Civil haría pensar en que el legislador consideró el pago como un acto jurídico (o negocio jurídico). En efecto, solo el hecho jurídico que tiene como núcleo la voluntad pasa por el plano de la validez. Un hecho jurídico *strictu sensu* como, por ejemplo, el nacimiento no puede ser calificado de válido o inválido. Como explica Bernardes de Mello: «Si el hecho jurídico existe, y es de aquellos en el que la voluntad humana, constituye elemento nuclear del supuesto de hecho (acto jurídico *strictu sensu* y negocio jurídico) pasa por el plano de validez [...]» y luego agrega: «[...] los hechos jurídicos lícitos en los que la voluntad no aparece como dato del supuesto de hecho (hechos jurídicos *strictu sensu* y los actos reales) [...] no están sujetos a transitar por el plano de la validez, dado que no pueden ser nulos o anulables».<sup>18</sup>

No obstante, el término «válido» utilizado en el Código Civil se corresponde con la eficacia extintiva del pago. En los artículos 1223 y 1224 del Código Civil existe una absoluta equivalencia entre los términos «válido» y «eficaz», de tal manera que bastaría con sustituir en el texto uno por otro para comprobar que el legislador se refería a «efectos», concretamente a la eficacia extintiva. Ello se confirma cuando se advierte que en los artículos 1225, 1227 y 1228 del Código Civil se dice: «no extingue la obligación» o «extingue la obligación».

Siendo así, si el pago es un hecho jurídico *strictu sensu*, no cabe pensar ni en una manifestación expresa ni tácita de la voluntad. El pago, por lo general, es una actividad meramente material.

<sup>14</sup> *Loc. cit.*

<sup>15</sup> *Loc. cit.*

<sup>16</sup> *Idem*, p. 474.

<sup>17</sup> OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las obligaciones* (Biblioteca para Leer el Código Civil, vol. XVI, primera parte - tomo IV). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 217.

<sup>18</sup> BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1986, segunda edición, p. 95.



#### 4.4. *La fase dinámica del pago*

El pago supone, por lo general, la actuación de dos conductas: la del *solvens* y la del *accipiens*.<sup>19</sup>

- a) Respecto del *solvens*: el ofrecimiento de pago de la prestación debida.
- b) Respecto del *accipiens*: la aceptación de la prestación.

##### 4.4.1. *El ofrecimiento de pago*

Para Gagliardo, el ofrecimiento de pago supone el «requerimiento» (intimación) de la cooperación del *accipiens*,<sup>20</sup> es decir, cuando el *solvens* ofrece el pago está manifestando su disposición a cumplir y requiere al *accipiens* para que colabore. Así, tratándose de una obligación con prestación de dar, la colaboración consistiría en la aprehensión del bien.

Como señala Vaquer Aloy, en el ofrecimiento de pago concurren dos elementos distintos: la disposición de cumplir y la manifestación al acreedor de tal disposición.<sup>21</sup> El segundo de los elementos supone la exteriorización de la disposición de cumplir por parte del deudor y es lo que podríamos llamar el ofrecimiento de pago en sentido estricto.

El ofrecimiento de pago es un acto jurídico *strictu sensu*, pues tiene como finalidad lograr que el acreedor preste su colaboración. Se busca un resultado, pero se producen otros efectos, aun sin que el oferente tuviera intención de provocarlos. Así, la constitución en mora del acreedor (en caso de negativa injustificada de colaborar) es un efecto determinado por el ordenamiento jurídico, incluso si no hay intención de provocarlo.

El ofrecimiento debe efectuarse respetando los principios que rigen el pago y los requisitos de tiempo y lugar. Deben, pues, respetarse los principios de identidad, integridad e indivisibilidad; asimismo, debe efectuarse de acuerdo con el tiempo y lugar exigidos para el pago.

##### 4.4.2. *La aceptación de la prestación*

###### 4.4.2.1. *Naturaleza jurídica de la cooperación del acreedor*

El acreedor debe realizar todo aquello que esté a su alcance con el fin de que el deudor pueda ejecutar la prestación a su cargo y para que este pueda liberarse de la deuda. Este concurso presenta un doble aspecto, positivo y negativo: facilitar el cumplimiento del deudor y no agravar el empeño de este en realizar la prestación.<sup>22</sup>

En la doctrina, la naturaleza jurídica del concurso del acreedor es considerada una carga. En este sentido, Díez-Picazo señala que se trata de «cargas» y no de auténticos deberes «no se trata de una conducta debida, que otro pueda exigir, sino de una conducta necesaria solo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio de una facultad. No se trata de un auténtico «deber», sino un «tener que» para hacer. Sobre el acreedor, como tal, no recaen auténticos deberes.»<sup>23</sup>

<sup>19</sup> En la fase del pago la terminología que se utiliza es la de *solvens* para referirse a quien efectúa el pago y de *accipiens* a quien lo recibe. No se habla de deudor y de acreedor puesto que cualquier tercero puede ser *solvens* (en la medida que cualquier tercero está legitimado a efectuar el pago) y puesto que no necesariamente es el acreedor es el legitimado para recibir el pago. Hablaré indistintamente de deudor y acreedor, o de *solvens* y *accipiens*.

<sup>20</sup> GAGLIARDO, Mariano. *La mora en el derecho civil y comercial. Su estructura y alcances*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979, p. 156.

<sup>21</sup> VAQUER ALOY, Antoni. *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 41 y ss.

<sup>22</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*. Madrid: Montecorvo, 1988, p. 72.

<sup>23</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. «El contenido de la relación obligatoria». En *Estudios de derecho privado*. Madrid: Cívitas, p. 133. En el mismo sentido, GIORGIANNI, Michele. *La obligación. La parte general de las obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1958, p. 69). En este mismo sentido, ROPPO, Enzo. *Manuale di diritto civile*. Bari: Editori Laterza, 1984, p. 150.

Las cargas son «las meras condiciones o presupuestos, a modo de incumbencias, que se fijan para la adquisición o conservación de un derecho o ventaja jurídica»,<sup>24</sup> es decir que la carga es la necesidad de obrar en tutela del propio interés.<sup>25</sup>

Como señala Cabanillas Sánchez: «[...] la esencia de la carga no se encuentra tanto en la idea de coactividad, aunque se diga que se trata de una coacción de intensidad menor a la que deriva de la obligación, ya que nadie es titular de un derecho o de una pretensión (*anspruch*) para exigir coactivamente al gravado el cumplimiento de la carga o para resarcirse, en caso de inobservancia voluntaria de la misma, de daños y perjuicios, como en el interés que tiene el propio gravado en observar la conducta que constituye el contenido de la carga, a fin de evitar que surjan los inconvenientes o perjuicios que su falta de realización va a ocasionarle (tutela del propio interés)».<sup>26</sup>

Barbero, al respecto, señala lo siguiente: «[L]a figura de la “carga” se distingue de la del “deber” en que, como este, representa ciertamente un agravio del sujeto, pero el cumplimiento es de interés del sujeto mismo que de ella está investido (mientras que el cumplimiento del “deber” está en el interés de otro: acreedor, derechohabiente)».<sup>27</sup>

#### 4.4.2.2. La necesidad de la cooperación

El comportamiento del acreedor para que pueda ser calificado como «cooperación» debe ser, en principio, necesario para el cumplimiento (ver artículo 1338 del Código Civil). De tal manera, Caballero Lozano señala: «Existen ciertos supuestos de aparente necesidad de cooperación al cumplimiento, y que, sin embargo, no lo son por falta de relación de necesidad entre la prestación del deudor y la conducta del acreedor».<sup>28</sup> Por otro lado, puede haber casos en que la ejecución de la prestación no requiera de la cooperación del acreedor como ocurre normalmente con ciertas prestaciones de hacer y de no hacer.

La cooperación del acreedor puede ser necesaria en diversas fases del cumplimiento de la obligación:<sup>29</sup>

- a) *Cooperación inicial o actos preparatorios (concurso preliminar)*: es la que se necesita antes de comenzar la ejecución de la prestación. Pueden citarse como ejemplos: el realizar los trabajos preliminares en el contrato de obra, permitir el ingreso del contratista en el terreno en el que se realizará la obra.
- b) *Cooperación durante el desarrollo de la prestación (concurso integrador)*: comúnmente se manifiesta en las relaciones obligatorias con prestación de ejecución duraderas. Así, por ejemplo, en el caso del suministro de los materiales en el contrato de obra.
- c) *Cooperación en la fase final de ejecución*: en este caso el deudor ha realizado la conducta que le corresponde y solo queda esperar la cooperación del acreedor. Así, por ejemplo, la recepción de la cosa.

<sup>24</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. «Situaciones jurídicas subjetivas». En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1963, tomo XLVII, p. 208.

<sup>25</sup> Esto no quiere decir que el deudor no tenga un interés en la observancia de la carga por el acreedor, de hecho, el deudor tiene interés en que el acreedor coopere para liberarse de la obligación. Este interés es tutelado por medio de la mora del acreedor y de los procedimientos liberatorios coactivos (pago por consignación).

<sup>26</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>27</sup> BARBERO, Domenico. *Sistema de derecho privado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, tomo I, p. 163.

<sup>28</sup> CABALLERO LOZANO, José María. *La mora del acreedor*. Barcelona: José María Bosch, 1992, p. 99.

<sup>29</sup> *Ibidem*. También ver SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. «La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no solo de derechos, sino también de cargas y deberes». En *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2011, p. 283.

#### 4.5. *La verificación y la aceptación como recepción conforme de la prestación*

Llegada la oportunidad del cumplimiento, el deudor puede realizar el ofrecimiento de pago o no hacerlo, si no lo hace, incurre en situación de «no cumplimiento». Así, puede estar en incumplimiento o en retardo, dependiendo si el acreedor mantiene o no interés en la ejecución, aunque tardía, de la prestación. Si se trata de un incumplimiento (y se presentan todos los presupuestos establecidos por la ley), el acreedor optará por la resolución y podrá acumular la pretensión indemnizatoria.<sup>30</sup> Si el acreedor todavía tiene interés en la prestación y el deudor queda constituido en mora pretenderá el cumplimiento y podrá acumular la pretensión indemnizatoria moratoria.

##### 4.5.1. *La prestación conforme*

Si el deudor ofrece el pago, el acreedor tiene la carga de verificar (verificación, comprobación o inspección) la prestación ofrecida y si la encuentra conforme la recibe. Esta recepción conforme es la aceptación.

La verificación es la operación por la cual se confirma que la conducta realizada por el deudor se ajusta a la prestación debida.<sup>31</sup> Como señala Vaquer Aloy: «La conformidad no es más que la correspondencia de la cosa entregada con el diseño que las partes realizaron de la prestación».<sup>32</sup> Por su lado, Morales Moreno señala que: «Conformidad significa que la cosa entregada por este [el deudor] ha de adecuarse a las exigencias cualitativas que el contrato impone».<sup>33</sup>

La noción de «conformidad» no es, en estricto, propia del derecho civil, sino una aportación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG, por sus siglas en inglés), es por ello que en la bibliografía europea sobre el tema se hace referencia específica a la «cosa» (mercadería).

Sin perjuicio de ello, en nuestra opinión, la noción de «conformidad» conlleva que, al verificar la prestación ofrecida, sea de dar, de hacer<sup>34</sup> o de no hacer, el acreedor establezca su correspondencia con la prestación debida, es decir, debe determinar si se cumple con el principio de identidad.<sup>35</sup>

Lo que sí constituye una novedad es el sistema de remedios que se articula para el caso de «no conformidad». Así, Morales Moreno señala que el principio de conformidad es incompatible con el régimen del saneamiento que recogen los códigos civiles europeos. Para el jurista español: «El sistema codificado, en el Código Civil español como en otros códigos europeos [y podemos incluir al peruano], no trata el problema de la falta de conformidad (vicios, anomalías cualitativas) como un incumpli-

<sup>30</sup> Debe tenerse en cuenta que mientras el deudor no sea notificado con la demanda de resolución (si el acreedor opta por la resolución judicial o arbitral) o mientras la carta en la que el acreedor se valga de resolución (en el caso de una cláusula resolutoria expresa) no llegue al domicilio del deudor podrá cumplir con la prestación purgando la situación de mora o de retardo. Sobre la resolución por incumplimiento me remito a lo dicho en BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «La resolución del contrato por incumplimiento y lesión del interés contractual positivo en el Código Civil peruano». En *Derecho de contratos: perspectivas actuales. Armonización y principios. Incumplimientos y remedios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 446-548.

<sup>31</sup> BIANCA, Massimo. *Op. cit.*, p. 371.

<sup>32</sup> VAQUER ALOY, Antoni. «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?». En *Anuario de Derecho Civil*, 2011, tomo LXIV, fascículo 1, p. 11. También, MORALES MORENO, Antonio Manuel. «Adaptación del Código Civil al derecho europeo: la compraventa». En *Anuario de Derecho Civil*, 2003, p. 1613.

<sup>33</sup> MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 1611.

<sup>34</sup> Distinguimos las relaciones obligatorias de hacer en relaciones obligatorias con prestación de hacer que culminan en un dar (p. ej.: confeccionar un termo) y en relaciones obligatorias con prestación de puro hacer (p. ej. pintar una casa). Ver al respecto WAYAR, Ernesto. *Derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1990, tomo 1, p. 121.

<sup>35</sup> Advuértase que el principio de identidad (uno de los principios de regularización del pago) está regulado en el artículo 1132 del Código Civil: «El acreedor del bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque este sea de mayor valor». Como bien lo ha sugerido Cárdenas Quirós, al artículo 1132 debería agregarse un segundo párrafo con el siguiente tenor: «Tampoco en las obligaciones con prestación de hacer o no hacer podrá ser sustituido el servicio o la abstención contra la voluntad del acreedor» (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Hacia la reforma del libro VI del Código Civil». En *Thémis, Revista de Derecho*, n.º 30, p. 144).

miento del vendedor, al que se aplique el régimen de este, sino como un supuesto especial de responsabilidad contractual con reglas propias.<sup>36</sup> En España, ha sido reconocido que en este tema existe una desactualización de los Códigos Civiles en estos temas, lo que lleva a un proceso de reforma para superar el sistema codificado de sancionamiento por vicios.<sup>37</sup>

Se discute si la verificación es un derecho del acreedor, si es una obligación o si es una carga. En nuestra opinión, la verificación es una carga del acreedor,<sup>38</sup> su inobservancia lo hace perder la posibilidad de reclamar por los vicios que pudiera haber detectado si la hubiera realizado. Pero, también, es un derecho, así lo señala el artículo 1778 del Código Civil, es decir, el acreedor tiene derecho a un control preventivo de la prestación ofrecida y ello en la medida que el acreedor no puede ser constreñido a recibir una prestación distinta a la debida (*aliud pro alio*) o no conforme. Visto desde el otro extremo, el *solvens* tiene el deber de permitir la verificación por el *accipiens*.

Si la prestación ofrecida es conforme, entonces, el acreedor tiene la carga de aceptarla, lo que tratándose de una prestación de dar se traduce en la recepción que es un acto material, es decir, la aprehensión del bien. Así, pues, con el término «aceptación» (*acceptio*) se entiende el comportamiento con el cual el acreedor recibe la prestación.<sup>39</sup> Respecto a la aceptación del acreedor, Díez-Picazo señala: «es un juicio sobre el ajuste de lo realizado con lo debido, pero no la libre remisión de una voluntad que tenga carácter negocial».<sup>40</sup>

Si la aceptación es el acto material de aprehensión del bien se advierte, entonces, que solo las prestaciones de dar y las de hacer que culminan en un dar son susceptibles de «aceptación», es decir, que la aceptación —como forma de colaboración— no es requerida en toda clase de relaciones obligatorias, sino solo respecto de aquellas en las cuales la prestación sea necesaria la aprehensión del bien (una suma de dinero, otros bienes muebles o bienes inmuebles): debe tratarse pues de una *obligatio tradendi*.<sup>41</sup>

Si no se trata de una *obligatio tradendi*,<sup>42</sup> entonces no se requiere la aceptación, aunque puedan ser requeridas otras formas de cooperación.<sup>43</sup> Así, pues, en una relación obligatoria con prestación de puro hacer o en las prestaciones de no hacer no hay aceptación.

No observar la carga de aceptar sin motivo justificado supone que el acreedor queda constituido en mora (artículo 1338 del Código Civil). Como explica con precisión Cattaneo, la ilegítima omisión de la cooperación del acreedor hace aplicable la disciplina de la mora del acreedor.<sup>44</sup>

Si el acreedor la acepta sin realizar la verificación o si haciéndola la acepta sin protesta ni reserva, se entiende que se ha producido una «quiescencia». Así, si luego advierte alguna no conformidad que hubiera podido o debido advertir al momento de la verificación se entiende que ha tolerado la «no conformidad» y el deudor queda exonerado de responsabilidad.

<sup>36</sup> MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 1613.

<sup>37</sup> Ver al PANTALEÓN, Fernando. «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual». En *Anuario de Derecho Civil*, 1993, pp. 1719-1745.

<sup>38</sup> Ver al respecto, CATTANEO, Giovanni. *La cooperazione del creditore all'adempimento*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 56.

<sup>39</sup> DELLACASA, Matteo. *La cooperazione all'adempimento e i rimedi a tutela del debitore* (Serie: Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2019, p. 311. CATTANEO, Giovanni. *Op. cit.*, p. 1.

<sup>40</sup> Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. *Op. cit.*, p. 475.

<sup>41</sup> CATTANEO, Giovanni. *Mora del creditore* (Serie: Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca). Bologna: Zanichelli Editore, 1983, pp. 19-20. Cattaneo señala que en algunos casos, en presencia de una *obligatio tradendi*, la cooperación del acreedor no se reduce a una simple aceptación del bien ofrecido.

<sup>42</sup> Con la expresión *obligatio tradendi* comprenderemos las obligaciones con prestación de dar y las obligaciones con prestación de hacer que culminan en un dar; es decir, las obligaciones de resultado.

<sup>43</sup> CATTANEO, Giovanni. *Mora del creditore* *Op. cit.*, p. 22. Sin embargo, para algunos autores es posible entender que con el término «aceptación» el legislador haya querido referirse a la conducta del acreedor que aun si no recibe la prestación, entiende que debe concurrir a su ejecución (Villanaci citado por DELLACASA, Matteo. *Op. cit.*, p. 312).

<sup>44</sup> CATTANEO, Giovanni. *La cooperazione del creditore all'adempimento*. *Op. cit.*, p. 2.

Como señala Bianca, la «aquiescencia» es la tolerancia definitiva de la ejecución inexacta de la prestación. Ello supone que el *accipiens* está conforme con la prestación y, por tanto, pierde los remedios frente a la lesión del crédito.<sup>45</sup> En palabras simples, la «aquiescencia» sana los vicios y hay un cumplimiento liberatorio, se trata de la aplicación de los principios de diligencia y autorresponsabilidad.

No se da la «aquiescencia» respecto a aquellos vicios existentes al momento de la recepción que no podían ser advertidos por el *accipiens* al efectuar la verificación («vicios ocultos»). En este sentido, el artículo 1503 del Código Civil señala: «El transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia».

En tal caso, no será de aplicación el régimen general de incumplimiento previsto en el título IX del libro VI, sino como un supuesto especial de responsabilidad contractual con reglas propias: las acciones edilicias, es decir, tanto la acción redhibitoria (artículos 1511 y 1512 del Código Civil) como la acción estimatoria (artículo 1513 del Código Civil).

En tal caso, debe tenerse en consideración el artículo 1514 del Código Civil que señala:

Las acciones a que se refieren los artículos 1511 y 1513 caducan a los tres meses si se trata de bienes muebles y a los seis, de inmuebles.

Los plazos se computan desde el momento de la recepción del bien.

#### 4.5.2. *La prestación no conforme*

Si el acreedor no encuentra conforme la prestación ofrecida por el deudor (falta de conformidad: *lack of conformity*), entonces, la rechaza, la observa. El deudor incurrirá en un cumplimiento defectuoso o no conforme. En tal caso, si el acreedor pierde interés en la ejecución de la prestación, entonces el acreedor considerará que se ha producido un incumplimiento y podrá, si se dan todos los presupuestos establecidos en la ley, recurrir a los remedios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en caso de incumplimiento: la resolución por incumplimiento acumulada a la pretensión indemnizatoria. Si el acreedor mantiene el interés en la ejecución, aunque tardía, de la prestación, podrá constituir en mora al deudor y requerir la subsanación.

Tratándose de una relación obligatoria con prestación de puro hacer o en las prestaciones de no hacer en las que no hay aceptación, el acreedor podría rehusar —expresa o tácitamente— la prestación ofrecida si no la encuentra conforme.

En el contrato puede preverse a favor del deudor un derecho a la subsanación (*right to cure*). En tal caso, solo resultaría procedente el remedio resolutorio siempre que el deudor haya tenido un plazo para subsanar la no conformidad.

#### 4.5.3. *¿Puede hablarse de aceptación tácita de la prestación en el Código Civil?*

Como puede apreciarse, en las *obligatio tradendi*, por lo general, la «verificación» precede a la «aceptación». Si se recibe el bien se considera que la prestación ofrecida es conforme y la recepción conforme es la aceptación. Dado que el pago es un hecho material podría confundirse con una manifestación de voluntad tácita, pero no lo es si es un hecho jurídico, como ya vimos, no hay manifestación de voluntad.

---

<sup>45</sup> BIANCA, Massimo. *Op. cit.*, p. 373.

No obstante, es posible alterar el orden: recibir la prestación ofrecida sin que ello suponga aceptación y luego efectuar la verificación. En tal caso, entonces, es necesario comunicar el resultado de la verificación.

El Código Civil no regula en el libro de las obligaciones lo relativo a la verificación, la conformidad, la recepción y la aceptación. Así, no encontramos que el Código Civil establezca un plazo supletorio para comunicar el resultado de la verificación (si es «conforme» o «no conforme») y menos las consecuencias del silencio. Las partes podrían pactarlo en el contrato, establecer un plazo determinado y darle un sentido al silencio: considerar la prestación «conforme» o «no conforme». Si se considera conforme, la prestación se entendería aceptada.

De acuerdo con el artículo 142 del Código Civil: «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado». En efecto, la doctrina civilista tradicional ha considerado que la voluntad que no se exterioriza carece de eficacia jurídica. Así, Galgano señala: «El silencio, en sí y por sí, no tiene valor jurídico de tácito consenso».<sup>46</sup>

Por su parte, De Castro y Bravo señala: «El silencio, por sí mismo, no significa más que la carencia de expresión y de la nada no cabe sacar ninguna consecuencia positiva. Podrá adquirir valor significativo, pero solo en conexión con otros hechos o actos, y entonces como parte de una compleja conducta expresiva».<sup>47</sup>

En tal sentido, el silencio será considerado como manifestación de voluntad cuando la ley<sup>48</sup> o el acuerdo de partes le atribuya tal significado. Quizá corresponda incluir a los usos, como lo señala el Código Civil portugués,<sup>49</sup> y las relaciones comerciales previas, como lo señala el Código Civil de Quebec.<sup>50</sup>

El Código Civil sí se refiere a la verificación, conformidad, recepción y aceptación al regular el contrato de obra.<sup>51</sup> En efecto el artículo 1778 establece:

El comitente, antes de la recepción de la obra, tiene derecho a su comprobación. Si el comitente descuida proceder a ella sin justo motivo o bien no comunica su resultado dentro de un breve plazo, *la obra se considera aceptada*. (Resaltado agregado).

El artículo citado se refiere al derecho del comitente a la verificación. Como se desprende del texto, la verificación es previa a la recepción. La aceptación es la recepción conforme de la obra.

La verificación, la comprobación o la inspección, como explica Cabanillas Sánchez: «[...] consiste en el conjunto de operaciones que tienen como objeto comprobar si la obra construida es conforme a las reglas del arte de la construcción y a lo estipulado en el contrato de obra».<sup>52</sup>

En España, Cabanillas Sánchez señala que por recepción se entiende: «[...] el asentimiento del comitente a la prestación del constructor, manifestado con relación con un examen previo o con un acto de prueba o una declaración consistente en que considera que la obra realizada es en esencia conforme al contrato, que no tiene objeciones fundamentales que hacer [...]»<sup>53</sup> y luego precisa que

<sup>46</sup> GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico* (Serie: Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2002, p. 77.

<sup>47</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985, p. 69.

<sup>48</sup> Artículo 1942 del Código Civil de Louisiana (Louisiana Civil Code, 2013).

<sup>49</sup> Artículo 218: «O silêncio vale como declaração negocial, quando esse valor lhe seja atribuído por lei, *uso ou convenção*» (resaltado agregado).

<sup>50</sup> Artículo 1394: «Silence does not imply acceptance of an offer, unless the contrary results from the will of the parties, the law or special circumstances, such as usage or *a prior business relationship*» (resaltado agregado).

<sup>51</sup> Respecto al contrato de construcción se recomienda FRANCO REGJO, Eric. «Aceptación y rechazo de obras de construcción: ¿rechazo por defectos menores?». En *Ins La Revista*, n.º 38, pp. 80-94. También ver CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «La recepción de la obra». En *Anuario de Derecho Civil*, 1978, pp. 287-314.

<sup>52</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «La recepción de la obra». *Op. cit.*, p. 290.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 289.

puede ser definida como: «aquel acto jurídico por cuya virtud se entiende aprobada y recibida la obra construida».<sup>54</sup>

Sobre esta base, el autor español señala que precisar el concepto de «aprobación» es esencial para comprender el significado de «recepción».<sup>55</sup> Para Cabanillas Sánchez, la aprobación es «[...] la declaración de voluntad del comitente por la que pone de manifiesto que la obra construida es conforme a las reglas del arte de la construcción y a lo estipulado en el contrato de obra».<sup>56</sup> Esta aprobación puede ser expresa o tácita. Así, por ejemplo, será tácita cuando el comitente recibe la obra sin reservas.<sup>57</sup>

Si el comitente omite realizar la verificación sin justo motivo se entiende recibida conforme (aceptada) y, además, hay aquiescencia. Si el comitente realiza la verificación, pero no comunica el resultado en «un breve plazo» se entiende que la obra es conforme y, por tanto, se considera aceptada.

En la sumilla del artículo 1778 se señala: «Aceptación tácita de la obra». ¿Es realmente un supuesto de aceptación tácita (*rectius* conformidad tácita) como señala la sumilla? En mi opinión, no. El texto de la sumilla está equivocado.<sup>58</sup> Lo tácito es lo que no se expresa, pero se desprende de un comportamiento. En este caso lo que hay es silencio y la norma le atribuye a este un significado:<sup>59</sup> la conformidad.

Si se tiene en cuenta que en el Código Civil el contrato de obra no se reduce al contrato de construcción, sino que se refiere a cualquier obligación de proporcionar el resultado de los servicios (hacer que culminan en dar), podría sostenerse que para el Código Civil toda obligación de hacer que culmine en un dar, como la entrega del resumen ejecutivo y el informe final constituiría una *obligatio tradendi*<sup>60</sup> y, entonces, bajo el Código Civil habría sido aplicable el artículo 1778.

La árbitra única no se remitió al artículo 1778 del Código Civil en el laudo arbitral, se refiere a una «aceptación tácita» que, como hemos visto, no tiene cabida en el Código Civil.

## 5. EL PAGO EN LA «NORMATIVA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO»

En la «normativa de contrataciones del Estado» solo se utiliza la expresión «pago» para referirse a la ejecución de la prestación dineraria a cargo de la entidad (ver capítulo VI del RLCE).<sup>61</sup> En cambio, como hemos visto para el Código Civil, «pago» supone la ejecución de las prestaciones debidas, cualquiera sea su naturaleza.

Es importante tener en consideración que como regla general la «normativa de contrataciones del Estado» confiere al Contratista un derecho a subsanar en caso de «no conformidad» (*right to cure*). Como señala Contardo González: «Una de las tendencias predominantes en la modernización del

<sup>54</sup> *Loc. cit.*

<sup>55</sup> *Loc. cit.*

<sup>56</sup> *Idem*, p. 293.

<sup>57</sup> *Idem*, p. 294.

<sup>58</sup> Al texto de cada artículo del Código Civil se le ha añadido una sumilla o rúbrica (encabezado o título) conforme al artículo único de la Ley n.º 25362 (lo que significa que el texto original no las tenía). Al respecto debe tenerse en consideración que para efectos de la interpretación son meramente referenciales.

<sup>59</sup> De acuerdo con el artículo 142 del Código Civil es un caso en que la ley le atribuye un significado al silencio. En este sentido también se manifiesta Cabanillas Sánchez en España (CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «La recepción de la obra». *Op. cit.*, p. 293).

<sup>60</sup> La calificación del contrato es la operación lógica con la cual el intérprete —frente a un concreto contrato— afirma o niega su reconducción a un determinado tipo contractual. Su función principal es establecer si al contrato le es aplicable la disciplina de algún tipo, y si es así, de qué tipo. La calificación del contrato corresponde al juez o al árbitro sin tener que sujetarse a la calificación dada por las partes; la árbitra única habría podido calificar el contrato como uno de obra para aplicar supletoriamente el artículo 1778 del Código Civil; sin embargo, ello habría sido un error, pues en el caso de la «normativa de contrataciones del Estado», al calificar el contrato el árbitro debe tenerse en consideración el tipo legal previsto en la «normativa de contrataciones del Estado» y no en el Código Civil.

<sup>61</sup> Para efectos del ensayo, tomaremos en consideración el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF modificado por el Decreto Supremo n.º 138-2012-EF.

derecho de las obligaciones es favorecer el cumplimiento conforme de los contratos».<sup>62</sup> Una de las instituciones que está dirigida a este objetivo es el derecho del deudor a la subsanación del cumplimiento (*right to cure*). Esta permite al deudor corregir una prestación defectuosa frente a una falta de conformidad.<sup>63</sup> Así, «En términos simples, la subsanación importa otorgar una segunda oportunidad para el cumplimiento conforme, aun cuando el deudor no haya cumplido en forma, e incluso permitiéndole cumplir más allá del plazo original destinado para el cumplimiento».<sup>64</sup>

El derecho del deudor de corregir la prestación defectuosa (el cumplimiento defectuoso) es uno de los remedios que Mak denomina «orientados al cumplimiento» (*performance-oriented remedies*).<sup>65</sup> Para la autora estos tienen como fundamento la idea de eficiencia-económica.

En tal sentido, la entidad no podrá resolver el contrato sin concederle al contratista tal derecho. La subsanación se convierte, pues, en un límite a la facultad resolutoria de la entidad. Así, el artículo 180 del RLCE establece:

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días,<sup>66</sup> bajo apercibimiento de resolver el contrato.  
[...].

El tercer párrafo del artículo 180 exceptúa el derecho a la subsanación (*right to cure*) en determinados casos:

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

En tales casos (acumulación del monto máximo de penalidad por mora o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida), bastará la comunicación al contratista —por vía notarial— de la decisión de resolver el contrato.

El tercer párrafo recoge los límites al derecho de subsanación. Uno de los supuestos se dará cuando se produzca la acumulación máxima de penalidad por mora o por otras penalidades.

El segundo supuesto se presenta cuando «la situación de incumplimiento no pueda ser revertida». Ello podría suponer que el deudor no sea capaz de subsanar dentro del plazo que se otorgue. En las normas de *soft law* se consideran otros límites como, por ejemplo, que la subsanación cause molestia o inconvenientes excesivos para el acreedor (cuando para la subsanación sea requerido un grado de cooperación importante del acreedor)<sup>67</sup> o cuando el cumplimiento dentro del plazo que se le conceda torne inútil la prestación para el acreedor (la subsanación torna el incumplimiento en esencial en atención del plazo).

En tal sentido, en nuestra opinión, en la «normativa de contrataciones del Estado» queda excluida la resolución judicial (o arbitral) prevista en el artículo 1428 del Código Civil puesto que, en este caso, no se concede al contratista el derecho a la subsanación (*right to cure*).

<sup>62</sup> CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. «El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (*right to cure*). Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos». En *Ius et Praxis*, 2017, n.º 1, año 23, p. 154.

<sup>63</sup> *Loc. cit.*

<sup>64</sup> *Idem*, p. 155.

<sup>65</sup> Vanessa Mak citada por CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. *Op. cit.*, p. 164. Otros remedios orientados al cumplimiento serían: el cumplimiento en especie, y la reparación y sustitución.

<sup>66</sup> El segundo párrafo del artículo 180 del RLCE señala: «Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato».

<sup>67</sup> CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. *Op. cit.*, p. 180.



De acuerdo con el artículo 176 del RLCE:

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de adjudicaciones de menor cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias con relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la entidad de efectuarlas, podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

Según el artículo 177 del RLCE:

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Las discrepancias referidas a defectos o vicios ocultos deberán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computará a partir de la conformidad otorgada por la entidad hasta quince (15) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato.

La «normativa de contrataciones del Estado» (artículo 176 del RLCE) utiliza los términos: «recepción» y «conformidad». La referencia a «recepción» parece limitarlo a las *obligatio tradendi*, las cuales, como ya dijimos, comprenden las relaciones obligatorias con prestación de dar y las de hacer que terminan en dar; es decir, las obligaciones de resultado.

Al respecto, es necesario recordar que la distinción entre los contratos de actividad y de resultado es fundamental para determinar en qué casos el deudor tiene derecho a la retribución, es decir, para precisar quién soporta el riesgo.

En los contratos en los que el deudor no puede garantizar por sí solo el resultado, el deudor tiene derecho a la retribución como compensación de su actividad. Cuando se trata de contratos en los que el deudor garantiza el resultado, el deber de pago solo se produce al lograrse el resultado (sistema de imputación de riesgos). Bajo este criterio es usual en el ámbito de la «normativa de contrataciones del Estado» establecer entregables para justificar los pagos parciales de la retribución al contratista.

En efecto, en la gestión de proyectos se considera un entregable cualquier elemento (documento, código, archivo) sobre el cual hay un compromiso de entrega durante la ejecución del proyecto. Desde el punto de vista jurídico, sujetar el pago a un entregable, supone sujetar el pago a un resultado (la entrega del entregable). En tal sentido, la entidad paga solo si el contratista cumple con el entregable.

Ahora bien, volviendo al artículo 176 del RLCE, debe tenerse presente que habla de recepción, entonces habría que preguntarse: ¿recepcionar es sinónimo de recibir? La respuesta es negativa, no son sinónimos.<sup>68</sup>

Recibir es la aprehensión del bien, en cambio, recepcionar, según el *Diccionario de americanismos*, tiene la siguiente acepción: ‘En una compañía, dar entrada a algo, verificando que la cantidad, calidad y demás características se correspondan con lo que se pidió originalmente’. Hildebrandt señala que el verbo recepcionar es un galicismo que incluso en Francia se documenta en el segundo decenio del siglo XX como término del lenguaje administrativo, se hace referencia a la «acción de “recibir lo que se entrega o se envía formalmente”, dejando, por lo general, constancia escrita (en el Perú, cargo) de la conformidad».<sup>69</sup>

Como se observa, entonces, el término «recepcionar» significaría recibir conforme, por lo que el artículo 176 del RLCE al decir «La recepción y conformidad» incurriría en una redundancia, por tanto debe entenderse que esta norma utiliza el término «recepcionar» como sinónimo de «recibir»; es decir, como la mera aprehensión del bien.

El artículo 176 del RLCE diferencia, pues, dos momentos: la recepción y la conformidad. Los dos momentos no necesariamente coinciden. Así, puede haber recepción sin que ello suponga conformidad. Por lo tanto, la expresión «recepción» en el artículo 176 del RLCE debe entenderse como acto de recibir. Solo habrá conformidad cuando el funcionario responsable del área usuaria emita el informe luego de efectuar la verificación. Solo cuando haya conformidad se entenderá aceptada la prestación.

De existir observaciones se dará al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera con la subsanación, la entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Cuando los bienes y/o servicios *manifiestamente* no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, la entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

La recepción conforme de la entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos. Esta es la solución semejante a la del Código Civil. En tal caso, entonces, se recurrirá a las acciones edilicias: la acción estimatoria y la acción redhibitoria.

Recibida la prestación ofrecida, la entidad procede a la verificación y luego deberá comunicar el resultado: «conforme» o «no conforme» y en este último caso deberá realizar las observaciones. El problema que se genera respecto al artículo 176 del RLCE es que no se señala un plazo para que la entidad comunique el resultado de la verificación.

<sup>68</sup> Martha Hildebrandt dice que: «Es censurable, en cambio, el uso de recepcionar con el sentido de recibir» (HILDEBRANDT, Martha. *El habla culta (o lo que debiera serlo)*. Lima: 2003, segunda edición, p. 341.

<sup>69</sup> HILDEBRANDT, Martha. *Op. cit.*, p. 340 y ss.

El artículo 176 del RLCE señala:

*Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.*

En tal sentido, si la entidad no recibe la prestación ofrecida o no expresa su conformidad, entonces podrá someterse a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de 15 días hábiles de ocurrida la negativa a recibir la prestación ofrecida. Luego se pone en dos situaciones: (i) que no se haya señalado en el contrato un plazo para comunicar el resultado de la verificación; y, (ii) que se haya señalado el plazo.

En el supuesto (i), el plazo de 15 días contará desde que fue recibida la prestación ofrecida; y en el supuesto (ii) se contará a partir de vencido el plazo señalado en el contrato para comunicar el resultado de la verificación.

Como se observa, si en el contrato se señaló un plazo para comunicar el resultado de la verificación, vencido este la entidad omitió manifestarse (guardó silencio), entonces lo que correspondía es recurrir a conciliación y/o arbitraje, pero no otorgarle al silencio un significado. ¿Para qué se recurriría a conciliación y/o arbitraje? Lo veremos a continuación.

## 6. EL ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

En el caso que nos ocupa, resulta fundamental tener en cuenta el numeral 8.2 de los términos de referencia del proceso ADP n.º 0036-2012-SUNAT/4GOOOO - Primera Convocatoria:

*El resumen ejecutivo y el informe final deberán ser aprobados en el plazo máximo de diez (10) días calendario, contados a partir del día siguiente de su recepción, por la División de Organización y Procesos, quién [sic] verificará que los resultados contenidos en estos, [sic] se ajusten a los Términos de Referencia y la operatividad de la institución. (Resaltado agregado)*

Como se observa, en el contrato se estableció un plazo para que, recibido el resumen ejecutivo y el informe final, la entidad se pronuncie. La entidad tenía diez días calendario, contados a partir del día siguiente de su recepción, para pronunciarse: para que manifieste su conformidad o realice observaciones. Si no se pronunciaba dentro de dicho plazo, ¿cuál era la consecuencia? Como señala Grijelmo, el silencio está basado en su oposición a la vibración sonora, pero el silencio también se relaciona con la ausencia: «El silencio es, esencialmente, ausencia». Así, es la ausencia de respuesta o también en la falta de regulación.<sup>70</sup> En tal sentido, en el caso que nos ocupa hay ausencia de respuesta, pues la entidad no se pronunció en el plazo previsto en el contrato, y hay ausencia de regulación, puesto que el contrato no previó la consecuencia de esa falta de respuesta.

Encontramos, pues, una laguna en el contrato. Las lagunas contractuales son aspectos no regulados por las partes, es decir, defectos de regulación de las partes.

Las lagunas pueden ser: (i) deliberadas; y, (ii) no deliberadas.

*Lagunas deliberadas:* las partes, a la conclusión del acuerdo, son conscientes de que un aspecto del contenido del contrato debe ser, a continuación, determinado y así lo quieren, previendo en el contrato el mecanismo que lo completará: (i) un sucesivo acuerdo; (ii) la determinación por una de las partes; o (iii) la decisión de un tercero.

<sup>70</sup> GRIJELMO, Álex. *La información del silencio. Como se miente contando hechos verdaderos*. Madrid: Taurus, 2012, p. 18.

*Lagunas no deliberadas:* en este caso, las partes no regulan al momento de la celebración del contrato un determinado aspecto de su relación contractual ni prevén un mecanismo de sucesiva determinación de dicho aspecto. Estas lagunas pueden ser fruto de: (i) un mero olvido de las partes de disciplinar un aspecto secundario del acuerdo; (ii) las partes son conscientes de la existencia de normas supletorias (o imperativas) que colman la laguna; implícitamente aceptan dicha regulación; y (iii) una elección estratégica de la parte que conoce la existencia de la norma dispositiva y prefiere luego valerse de ella, evitando discutir sobre ese tema.

La regulación contractual es fruto del acuerdo de las partes (autonomía de la voluntad) y se plasma en el artículo 1354 del Código Civil: «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo». Pero, también, es obra de fuentes heterónomas, es decir, del concurso de fuentes externas al acuerdo, vale decir, diversas de la voluntad de las partes como, por ejemplo, la ley y la buena fe.<sup>71</sup>

La construcción de la regulación contractual por obra de fuentes heterónomas se denomina «integración del contrato» y es la forma como se colman las lagunas contractuales.<sup>72</sup> La operación de integración parte de la premisa que los contratos son incompletos, es decir que las partes dejan lagunas contractuales.

De esta manera, cuando se encuentra una laguna en el contrato se procede a la integración a través de la ley. La integración, en este caso, es automática<sup>73</sup> y puede ser coactiva o supletoria.<sup>74</sup>

*Integración coactiva:* la integración es coactiva cuando determina coercitivamente la relación contractual, a pesar de una distinta voluntad de las partes. No suple un acuerdo de voluntad que falta, sino que se superpone a un acuerdo existente, pero desaprobado por el ordenamiento jurídico. Fuente de integración coactiva son las normas imperativas.<sup>75</sup>

*Integración supletoria:* la integración es supletoria cuando determina el contenido de la relación contractual a falta de una diversa previsión de las partes.<sup>76</sup>

En el caso bajo análisis nos encontramos frente un contrato en el que una de sus partes es el Estado (contrato estatal).<sup>77</sup> En la categoría «contrato estatal» no solo tiene relevancia el hecho de que una de sus partes sea el Estado, sino el hecho de que el contrato tenga un régimen jurídico particular, diferente al Derecho Privado, en este caso sujeto al Decreto Legislativo n.º 1017 (artículo 3) y al

<sup>71</sup> En el derecho civil también se considera la equidad y los usos.

<sup>72</sup> ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 485 y ss. CAPOBIANCO, Ernesto. «La determinación de la regulación». En *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 389. RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 2004. GALGANO, Francesco. «Degli effetti del contratto». En *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Bologna: Zanichelli Editore, 1993, p. 65.

<sup>73</sup> FRANZONI, Massimo. «Degli effetti del contratto». Artt. 1374-1381. Vol. 2: Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori». En SCHLESINGER, Piero (fundador) y Francesco D. BUSNELLI (director). *Il Codice Civile. Commentario*. Milano: Giuffrè, segunda edición, 2013, p. 7. Esto a diferencia de lo que ocurre con la integración judicial o arbitral (buena fe y equidad).

<sup>74</sup> BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, tomo 3, 1998, p. 471. ROPPO, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 485. CAPOBIANCO, Ernesto. *Op. cit.*, p. 391. FRANZONI, Massimo. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>75</sup> Podemos apreciar que una cláusula contraria a una norma imperativa es nula (nulidad parcial) incidiendo esta de manera indirecta en la conformación de la regulación contractual (excluyendo la cláusula), así el primer párrafo del artículo 224 del Código Civil. Pero también la norma imperativa puede incidir de manera directamente conformativa, cuando la norma imperativa sustituye automáticamente la cláusula, así el segundo párrafo del artículo 224 del Código Civil.

<sup>76</sup> Artículo 1356 del Código Civil: «Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas».

<sup>77</sup> En la doctrina, la terminología es variada. Algunos autores prefieren hablar de «contrato administrativo», otros de «contratos de la Administración», otros de «contratos públicos» (ver al respecto MORÓN, Juan Carlos y Zita AGUILERA. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 21). Nosotros preferimos hablar de «contrato estatal» para referirnos a todos aquellos contratos en los que el Estado es parte. Hay ciertos contratos en los que el Estado es parte que se rigen fundamentalmente por el derecho privado, por lo que la referencia a «contrato administrativo» o «contrato público» no sería adecuada. Asimismo, cabe señalar que cuando los autores citados se refieren al tema arbitral, hacen referencia al artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 que, como se ha señalado, posteriormente fue derogado por el artículo 45.10 de la Ley n.º 30225.

RLCE. Así, el primer párrafo del artículo 5 de Decreto Legislativo n.º 1017 señala: «El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que sean aplicables».

La diferencia en el régimen jurídico particular y el del derecho privado es siempre relativa, puesto que el régimen particular no siempre es lo suficientemente amplio, lo que permite la aplicación supletoria de normas del derecho contractual privado. En tal sentido, mientras menos preciso sea el régimen jurídico particular, mayor aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil.

En este sentido, resulta interesante tener en consideración lo señalado por Pino Ricci en Colombia, pero aplicable también el caso peruano: «Es importante advertir que no existen en nuestro ordenamiento jurídico contratos estatales regulados exclusivamente por el derecho privado o regulados solamente por el derecho público. Nuestros contratos estatales son siempre regulados por las dos áreas del derecho. En algunos casos el derecho administrativo es preponderante, y en otros lo es el derecho privado. Todo dependerá, para el efecto, de la naturaleza de las actividades contratantes, las actividades que desarrollan y la clase de contratos que celebran».<sup>78</sup>

De acuerdo con el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil: «Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

Se suele clasificar las normas en normas de derecho común y normas de derecho especial. Como señalan Díez-Picazo y Gullón: «Son normas de derecho común aquellas que están destinadas a regular la realidad jurídica y social de todas sus facetas o aspectos, es decir, la vida social considerada en su totalidad» y «El derecho especial está constituido por normas cuya finalidad es regular materias o relaciones determinadas y concretas».<sup>79</sup>

Si se tiene en cuenta que el Código Civil contiene normas de derecho común, entonces se comprende cómo ellas se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes. Esta supletoriedad del Código Civil se proyecta hacia afuera,<sup>80</sup> es decir, se aplica en caso de insuficiencia de las leyes especiales. En este sentido se puede afirmar que el Código Civil «[...] proyecta su fuerza normativa no solo hacia su propio campo, sino hasta aquellos fuera de su ámbito, tanto en el derecho privado como en el derecho público».<sup>81</sup>

En tal sentido, el Código Civil será de aplicación supletoria en los contratos regulados por la «normativa de contrataciones del Estado». En palabras simples, el Código Civil será de aplicación «siempre que no exista una regulación específica» en la «normativa de contrataciones del Estado».

En el caso que nos ocupa, hubo ausencia de respuesta pues la entidad no se pronunció en el plazo previsto en el contrato y hubo ausencia de regulación, puesto que el contrato no previó la consecuencia de esa falta de respuesta, vale decir las partes no determinaron el sentido del silencio de la entidad.

En tal sentido, correspondía colmar la laguna contractual y, por tanto, la árbitra única debía recurrir al orden de preferencia en la aplicación del derecho prevista en el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 que establecía:

<sup>78</sup> PINO RICCI, Jorge. *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 29.

<sup>79</sup> Díez-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 2016, vol. I, decimotercera edición, p. 42.

<sup>80</sup> Espinoza Espinoza nos advierte que la proyección de la supletoriedad también puede ser «hacia adentro», es decir, a una relación propia del derecho civil cuando existe insuficiencia o falta de regulación (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 453 y ss.).

<sup>81</sup> TORRES Y TORRES LARA, Carlos. «Aplicación supletoria de las normas del Código Civil». En *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1990, tomo I, p. 393.

El arbitraje será de derecho y resuelto por el árbitro único o tribunal arbitral *mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado*; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo. (Resaltado agregado)

Así, debía tenerse en consideración el artículo 176 del RLCE que señala:

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

Ante la ausencia (o negativa) de la entidad de dar la conformidad al «resumen ejecutivo y el informe final» presentado por el contratista, surgió una discrepancia y, conforme a lo establecido en el artículo 176 del RLCE, el contratista decidió someterla a arbitraje dentro del plazo de 15 días hábiles de vencido el plazo señalado en el numeral 8.2 de los términos de referencia del proceso ADP n.º 0036-2012-SUNAT/4GOOOO - Primera Convocatoria.

No existe en la «normatividad de contrataciones del Estado» una norma que le diera un sentido al silencio de la entidad, es decir, no hay ninguna norma que señale que si la entidad no se pronuncia en el plazo previsto en el Contrato debe entenderse que la prestación ofrecida por el contratista se considera conforme.

Ante el vacío de la «normatividad de contrataciones del Estado», entonces había que aplicar supletoriamente el Código Civil y así debía tenerse en consideración el artículo 142, el cual señala que el silencio no importa manifestación de voluntad, salvo que la ley o el convenio le atribuyan ese significado.

Así, *de lege lata*, el silencio de la entidad no suponía ni conformidad ni rechazo, si hubo silencio, entonces debía exigirse a la entidad que se pronuncie. No obstante, resulta curioso que en el laudo arbitral se señale:

Revisada la documentación presentada, así como las argumentaciones formuladas por las partes, se ha podido establecer que la entidad no emitió pronunciamiento alguno respecto al resumen ejecutivo e informe final presentado por el contratista, no habiendo formulado observación alguna al respecto; sin embargo, con posterioridad a la presentación del informe final, la entidad remitió al contratista la Carta Notarial n.º 70-2013-SUNAT/4G3000, resolviendo el contrato, la misma que no está dirigida ni a observar ni a desaprobar el informe final, sino a terminar la relación contractual existente con el contratista.

No queda claro si la resolución del contrato por la entidad se hizo otorgando al contratista el derecho a la subsanación (*right to cure*). De haberlo hecho debería haber indicado cuáles eran las observaciones y otorgarle el plazo para su subsanación (180 del RLCE). Asumimos, que la entidad sí realizó observaciones, pero luego del vencimiento del señalado en el numeral 8.2 de los términos de referencia del proceso ADP n.º 0036-2012-SUNAT/4GOOOO - Primera Convocatoria.

Comoquiera que sea, lo cierto es que ni la «normatividad de contrataciones del Estado» ni el Código Civil le dan un significado al silencio. Pero hay que resaltar que, en este caso, ante el vacío de la «normatividad de contrataciones del Estado» la árbitra única sí debía recurrir al Código Civil, pero ella no consideró la norma sustantiva aplicable, omitió el artículo 142 del Código Civil.

Ahora bien, *de lege ferenda* debería establecerse que, vencido el plazo previsto en el contrato para otorgar la conformidad, ante el silencio de la entidad, la prestación debería considerarse aceptada. Teniendo en consideración el derecho del contratista a la subsanación (*right to cure*), no sería posible considerarla rechazada sin saber cuáles son las observaciones. Nada justifica premiar la negligencia de la entidad en perjuicio del contratista que cumple con la entrega y espera la actividad de la entidad en

el plazo que ella misma estableció. La entidad debería asumir su responsabilidad por no cumplir con comunicar oportunamente el resultado de su verificación.

Más allá del error en el que creo incurrió la árbitra única, finalmente cabe preguntarse si realmente puede sostenerse que la árbitra única, al recurrir al artículo 141 del Código Civil, aplicó supletoriamente el Código Civil. En mi opinión, la respuesta es negativa. Veamos.

Para sostener que la árbitra única integró el contrato con el Código Civil debería haberse producido una antinomia, es decir que el Código Civil y la «normativa de contrataciones del Estado» hubieran establecido para un mismo supuesto de hecho (silencio del acreedor) consecuencias incompatibles. Así, la árbitra única habría tenido que solucionar la antinomia<sup>82</sup> sobre la base del principio de especialidad e incompatibilidad.

Pero eso no ocurrió porque el Código Civil no tiene una norma que señale que frente al silencio del acreedor se considera que la prestación es conforme, salvo respecto al contrato de obra en el artículo 1778. La norma del artículo 141 del Código Civil no contiene un enunciado hipotético.

En efecto, el artículo 141 del Código Civil no contiene un enunciado hipotético, es decir, un enunciado condicional. Los enunciados hipotéticos o condicionales tienen la siguiente forma:

**Si** –antecedente–, **entonces** –consecuente–

A la proposición condicional («si») le sigue un enunciado llamado «antecedente» y luego otro enunciado denominado «consecuente». Los enunciados que cumplen el papel de «antecedente» o «consecuente» pueden ser más o menos complejos.<sup>83</sup>

El artículo 141 del Código Civil contiene una norma definitoria, como señala López Hernández: «Una definición es una expresión lingüística por medio de la cual se explica el significado de otra expresión, normalmente de una palabra».<sup>84</sup>

La árbitra única tuvo presente que las manifestaciones de voluntad pueden ser expresas o tácitas, conforme lo define el artículo 141 del Código Civil y, consideró —erradamente— que la entidad había aceptado tácitamente la prestación.

En conclusión, sí correspondía que la árbitra única recurra al Código Civil ante la ausencia de regulación de la «normativa de contrataciones del Estado», pero la árbitra única no aplicó la norma legal del Código Civil que correspondía (la contenida en el artículo 142). Obsérvese, pues, que para anular el laudo arbitral, la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial en el Expediente n.º 8-2015-0 tuvo que realizar un control respecto a la aplicación de la norma sustantiva por parte de la árbitra única.

## 7. EL ARTÍCULO 52.3 DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1017

### 7.1. Generalidades

El artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 establecía:

El arbitraje será de derecho y resuelto por el árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden

<sup>82</sup> Ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 2019, quinta edición.

<sup>83</sup> Ver al respecto HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2002, segunda edición, p. 227.

<sup>84</sup> LÓPEZ HERNÁNDEZ, José. *Lenguaje, normas y sistema jurídico*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 139.

de preferencia en la aplicación del derecho. *Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.* (Énfasis agregado).

En el texto se aprecia que el legislador afirmaba que «el orden de preferencia en la aplicación del derecho» es de orden público y, además, añadía una causal de nulidad del laudo arbitral, relativo a los contratos estatales, distinta a la establecida en el Decreto Legislativo n.º 1071 (Ley de Arbitraje).

Cabe advertir que el Decreto Legislativo n.º 1017 fue modificado por la Ley n.º 30225; no obstante, debe tenerse en cuenta la aplicación ultraactiva de la ley.<sup>85</sup> El artículo 45.10 de la Ley n.º 30225 establece:

Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente norma y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. *Esta disposición es de orden público.* (Resaltado agregado)

Como se aprecia, se mantiene la declaración de que «el orden de preferencia en la aplicación del derecho» es de orden público, pero se excluye la causal de nulidad del laudo arbitral.

## 7.2. *El orden de preferencia en la aplicación del derecho*

El artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 y el artículo 45.10 de la Ley n.º 30225 tienen en común el siguiente enunciado:

El arbitraje será de derecho y resuelto por el árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho [...].

Como se aprecia, la norma transcrita establece el régimen particular aplicable a los contratos estatales, señalando un orden de prelación: (1) la Constitución Política del Perú; (2) la LCE y el RLCE; (3) las normas de derecho público; y, (4) las normas de derecho privado.

La prevalencia de la Constitución Política del Perú se deriva del artículo 51 de la Constitución Política que señala: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. [...]».

Para Guastini, la expresión «constitucionalización del ordenamiento jurídico» se emplea para entender «aquel proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, al final del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” de las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasiva, desbordante».<sup>86</sup>

El jurista italiano advierte que la Constitución condiciona la legislación, la jurisprudencia y las relaciones privadas. La legislación está condicionada por la Constitución en el sentido de que el legislador no puede escoger libremente los fines a perseguir, sino solo puede escoger los medios más eficientes para alcanzar los fines establecidos en la Constitución. La jurisprudencia está condicionada por la Constitución en el sentido de que el juzgador no solo debe aplicar a las controversias la ley, sino, además, la Constitución. En consecuencia, las mismas relaciones privadas son condicionadas por

<sup>85</sup> «Segunda disposición complementaria transitoria.- Los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de la presente norma se rigen por las normas vigentes al momento de su convocatoria». Por otro lado, el artículo 62 de la Constitución Política del Perú: «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]».

<sup>86</sup> GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 359. LANDA ARROYO, César. *La constitucionalización del derecho. El caso del Perú*. Lima: Palestra, 2018. ALVITES, Elena. «La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso». En *Derecho PUCP*, n.º 80, junio-noviembre, 2018.



la Constitución en el sentido de que las normas constitucionales disciplinan no solo las «relaciones verticales», sino las «relaciones horizontales».<sup>87</sup>

Respecto a la aplicación de la Constitución por parte de los jueces comunes, Guastini explica que asume formas distintas. En una de ellas el juez aplica, en un cierto modo, la Constitución en cuanto realiza una interpretación que adecua la ley; es decir que atribuye a la ley un significado conforme a la Constitución. Así, frente a una disposición legislativa que admite dos interpretaciones en conflicto, una conforme a la Constitución y la otra no, elige la primera. En otra, los jueces aplican directamente la Constitución cuando usan una norma constitucional —y no una norma de rango legislativo— para decidir una controversia.<sup>88</sup>

Recordando la pirámide de Kelsen, en la cúspide encontramos la Constitución. La Constitución precede a la ley en el orden jerárquico y como explican García de Enterría y Fernández: «de ley no puede contradecir los preceptos y principios constitucionales bajo pena de invalidez (inconstitucionalidad)».<sup>89</sup> En tal sentido, de acuerdo con el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 y el artículo 45.10 de la Ley n.º 30225, la siguiente en el orden de prelación es la LCE.

Luego viene el «reglamento» que según García de Enterría y Fernández: «es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la Ley, obra de la Administración»,<sup>90</sup> entonces, sigue el RLCE. Al respecto, hay que tener en cuenta que, en este caso, el RLCE precederá al Código Civil (decreto legislativo) por el principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*).

La LCE y al RLCE constituyen, pues, el corazón del régimen jurídico especial al que quedan sometidos los contratos estatales. En cuanto a la referencia a las normas de derecho público debe precisarse que son aquellas que resulten pertinentes, por tanto no es correcto lo que se señala en la sentencia bajo comentario:

[...] no se puede dejar de observar que tal proceder no guardó el orden de prelación previsto por el Artículo 52°.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, desde que de acuerdo a este, *antes de la aplicación de las normas de derecho privado, se debió recurrir a las normas de derecho público que fueran pertinentes (como —solo a manera de ejemplo— la Ley del Procedimiento Administrativo General o la Ley n.º 29060)*, cuyo objetivo de descarte en su examen valorativo y jurídico no mereció explicación alguna, incidiéndose de modo adicional en la vulneración del debido proceso. (Resaltado agregado).

Como se aprecia, la Sala Civil señala que la árbitra única debió recurrir a la Ley n.º 29060, Ley del Silencio Administrativo, lo cual, en mi opinión, no es correcto, puesto que no estamos ante un procedimiento administrativo. Adviértase, entonces, que siguiendo el criterio de la Sala Civil si la árbitra única hubiera aplicado el «silencio administrativo positivo» y, por tanto, que se entendía aceptada la prestación, no habría transgredido la norma del artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017.<sup>91</sup>

Si se produce una antinomia entre una norma del Código Civil y una norma del régimen jurídico especial («normativa de contrataciones del Estado»), es decir, en caso de que nos encontremos con

<sup>87</sup> GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, pp. 360-361.

<sup>88</sup> *Idem*, p. 363.

<sup>89</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de derecho administrativo*. Lima: Palestra-Temis, 2006, tomo 1, p. 132.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 192.

<sup>91</sup> También sería un error, por ejemplo, considerar que el procedimiento establecido en un contrato para «imponer» penalidades es un procedimiento sancionador al que resulta de aplicación la Ley n.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. Es un error frecuente en la «normativa de contrataciones del Estado» asumir que las penalidades son sanciones (el solo hecho de utilizar el verbo «imponer» así lo manifiesta). En algunos contratos de concesión se lee: «OSITRAN, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentra facultado para aplicar penalidades contractuales establecidas en el contrato [...]». Más allá de que las penalidades puedan cumplir una función punitiva —que el caso de los contratos estatales es la que prevalece— es clara, pues, la confusión (ver GÓMEZ TOMILLO, Manuel y otros. «Introducción: límites entre el derecho sancionador y el derecho privado». En *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*. Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 15-18).

normas que tengan el mismo supuesto de hecho, pero una consecuencia jurídica incompatible, entonces la solución de la antinomia se realiza a través del principio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*).

Bajo este mismo fundamento, si no se produce una antinomia puesto que la norma del Código Civil y la del régimen jurídico especial tienen la misma consecuencia, incluso si se cita el Código Civil y no el régimen jurídico especial, no debería considerarse que hay una transgresión al orden de preferencia en la aplicación del derecho.

### **7.3. La norma de orden público, la anulación del laudo arbitral y el control judicial sobre el fondo del laudo**

#### **7.3.1. La norma de orden público**

Tanto el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 como el artículo 45.10 de la Ley n.º 30225 establecen que la norma ahí contenida es de orden público.

¿Qué es el «orden público»? El «orden público» es un concepto indeterminado. Como lo señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados e indeterminados.<sup>92</sup> La diferencia entre ellos radica en que en los primeros el ámbito de realidad se delimita de una manera precisa e inequívoca, mientras que en los segundos ello no ocurre.

La terminología no es uniforme, así, además de «conceptos indeterminados» también se habla, por ejemplo, de «conceptos abiertos» o «conceptos normativos indeterminados». Algunos autores equiparan el «concepto indeterminado» a la expresión «cláusula general».<sup>93</sup>

Los jueces, al aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto, acotan los conceptos jurídicos indeterminados. Para concretar estos conceptos, el juez ha de recurrir a valores constitucionales que actúan como criterios interpretativos.<sup>94</sup>

En la sentencia del Expediente n.º 01505-2018-PA/TC, de fecha 11 de febrero de 2021, el Tribunal Constitucional hace referencia a los conceptos jurídicos indeterminados señalando que la responsabilidad de un juez constitucional «es la de tratar de establecer criterios que ayuden a evitar que la indeterminación de la situación prevista como sancionable se preste a poder configurar una vulneración a la cabal vigencia de ciertos derechos». En tal sentido, no observar dichos criterios específicos podría traer consigo una vulneración de los derechos fundamentales.

Los conceptos jurídicos indeterminados están presentes en todas las ramas del derecho, así, por ejemplo, encontramos, entre otros, el orden público, la buena fe, las buenas costumbres.

El Tribunal Constitucional ha definido el orden público como: «el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial» (STC Exp. n.º 03283-2003-AA). Puede sostenerse que el contenido del orden público se refiere a la protección de los derechos funda-

<sup>92</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 495 y ss.

<sup>93</sup> Ver al respecto, VELUZZI, Vito. *Las cláusulas generales. Semántica y política del derecho*. Puno: Zela, 2010. LUNA SERRANO, Agustín. *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*. Madrid: Dykinson, 2019. VV. AA. *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*. A cura di Giovanni D'Amico. Milano: Giuffrè, 2017.

<sup>94</sup> VENEGAS GRAU, María. *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y en principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 169.

mentales, tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional alemana: los derechos fundamentales se desarrollan en el derecho privado por medio de los conceptos indeterminados,<sup>95</sup> siendo principios estos conceptos indeterminados constituyen el fundamento de las normas expresas y, en algunos casos, fuente de normas no expresas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español distingue el orden público en material y procesal. Por el primero se entiende «el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada» (Sentencia 46/2020 de fecha 15 de junio de 2020). El orden público procesal se configura como: «el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público» (Sentencia 46/2020 de fecha 15 de junio de 2020).

Si bien la distinción y definición del Tribunal Constitucional español puede ser acogido por nosotros debe resaltarse que el orden público interno varía de país en país y de tiempo en tiempo. Así, los principios jurídicos que son obligatorios para la conservación de la sociedad no necesariamente son los mismos que rigen en España que en el Perú y son mutables temporalmente.<sup>96</sup> Corresponde a los jueces o a los árbitros, precisamente, tal determinación.

¿Toda norma imperativa es una norma de orden público? La respuesta es negativa. Es necesario tener en cuenta que si bien toda norma de orden público es una norma imperativa, no toda norma imperativa supone que sea de orden público. En este sentido se manifiesta Espinoza Espinoza, quien al respecto señala: «En efecto, el concepto de norma imperativa debe ser identificado con el de norma insustituible por la voluntad de los particulares, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público. El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público».<sup>97</sup>

En efecto, en el concepto clásico de orden público, derivado del artículo 6 del *Code Napoléon*,<sup>98</sup> se identificó orden público con norma imperativa puesto que ambos estaban dirigidos a proteger los intereses generales de la sociedad, así «[...] para que intervenga la noción de orden público como limitadora de la autonomía de la voluntad es preciso que se contenga en una ley imperativa».<sup>99</sup> Hoy, en cambio, se reconoce que identificar orden público y norma imperativa tomaría inútil la noción de orden público, puesto que este solo sería la norma imperativa «con el consiguiente peligro de que el Estado, cada vez más intervencionista, pueda manejar a su antojo la noción».<sup>100</sup>

Por otro lado, cabe preguntarse: ¿una norma es de orden público porque el legislador así lo declara? En mi opinión, la respuesta es negativa, la norma es de orden público por su naturaleza. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema argentina: «Las disposiciones de orden público no son tales porque se las califique así en las propias leyes, sino por su naturaleza, en razón de las causas que determinaron su sanción y los fines que se han procurado obtener con ellas».<sup>101</sup> No corresponde dejar la noción de orden público al arbitrio del legislador de turno para que a través de una norma imperativa diluya la noción de orden público en ella, con mayor razón no debe admitirse que sea el

<sup>95</sup> *Idem*, p. 169.

<sup>96</sup> Al respecto, Espinoza Espinoza señala: «El concepto de orden público se modifica continuamente, en la medida que evoluciona la sociedad» (ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional». En *Ins et Veritas*, n.º 24, p. 304).

<sup>97</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional». *Op. cit.*, p. 303. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La disposición de bienes conyugales. Reflexiones sobre dos instituciones encontradas: la nulidad y la ineficacia sobre la venta de bienes conyugales». En *Actualidad Civil*, enero 2016, vol. 19, p. 38.

<sup>98</sup> «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs».

<sup>99</sup> ACEDO PENCO, Ángel. «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y en la jurisprudencia». En *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, 1996-1997, n.º 14-15, p. 334.

<sup>100</sup> *Loc. cit.*

<sup>101</sup> ALEMANNO, María Florencia. *Limitaciones de orden público y normas imperativas en contratos de agencia local e internacional*. Tesis para optar al grado de magister en Derecho, Universidad San Andrés. Buenos Aires, 2019, p. 11. CSJN, 19/9/47, Martín y Cía.. Ltda. c/Erazo, José S, LL 48-330

legislador quien califique una norma como de orden público. Esta tarea debe corresponder al juez o al árbitro. El legislador puede establecer una norma imperativa (por lo general, con la expresión «sin admitir pacto en contrario»), pero quien debe determinar si esa norma imperativa es de orden público o no debe ser el juzgador, el juez o el árbitro.

Adviértase que la norma contenida en el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 no es una norma dispositiva, puesto que las partes no pueden disponer, mediante un pacto, del efecto de las consecuencias de dichas normas. Vale decir, es una norma imperativa y, por tanto, no admite que las partes cambien el orden preferencia en la aplicación del derecho. Pero, además, debe tenerse en consideración que la norma no solo busca que las partes no dispongan del orden de preferencia, sino que fundamentalmente está dirigida a que los árbitros no resuelvan un caso alterando ese orden de preferencia.

En consideración a lo dicho, corresponde entonces preguntarse si la norma contenida en el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 o en el artículo 45.10 de la Ley n.º 30225, que establece el orden preferencia en la aplicación del derecho es, por su naturaleza, de orden público.

De acuerdo con Rodríguez Ardiles: «el orden público en general traduce la preminencia del interés general (público o social) por encima del interés puramente individual, utilizando como herramienta para lograr ese cometido de tutela del interés general, el imperio, su obligatoriedad. De ahí bien se afirma que todas las normas de orden público son imperativas».<sup>102</sup>

El «interés público o interés general» también son conceptos indeterminados.<sup>103</sup> El Tribunal Constitucional ha definido el interés público como el «conjunto de actividades o bienes que, por criterio de coincidencia, la mayoría de los ciudadanos estima, meritúa o tasa como «algo» necesario, valioso e importante para la coexistencia social» y añade: «En otras palabras, todo aquello que, por consenso, se comparte y considera como útil, valioso y hasta vital para la sociedad, al extremo de obligar al Estado a titularizarlo como uno de los fines que debe perseguir en beneficio de sus miembros. Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares» (STC Exp. n.º 03283-2003-AA).

Tradicionalmente, se ha sostenido que el Código Civil tutela el interés particular y que la «normatividad de contrataciones del Estado» tutela el interés público o el interés general. De ahí, entonces, se llega a la siguiente fórmula: «el interés general prevalece sobre el particular». Pero identificar interés general con orden público significaría, entonces, que ninguna norma del Código Civil sería de orden público, lo cual no es correcto.

El «interés general» puede justificar que los contratos estatales tengan un régimen jurídico particular;<sup>104</sup> no obstante, en mi opinión ello no permite atribuirle a la norma contenida en el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 ni a la del artículo 45.10 de la Ley n.º 30225 el carácter de norma de orden público. Cosa distinta es que algunas normas contenidas en la «normatividad de contrataciones del Estado» —no todas— puedan ser de orden público.

Como Acedo Penco lo señala, tradicionalmente se ha considerado que la noción más próxima al orden público ha sido la de interés general; sin embargo, el autor español advierte que pronto se demostró que el interés general no era el único digno de tutela mediante leyes imperativas, sino también los intereses privados.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. «Anulación de laudo por incumplimiento del orden de preferencia en la aplicación de la normativa». En *Revista de Arbitraje PUCP*, n.º 2, 2012, p. 92.

<sup>103</sup> Sobre el tema ver LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Dilema del interés público en el derecho administrativo*. Navarra: Thomson Reuters - Aranzadi, 2018, p. 77.

<sup>104</sup> Ver al respecto, TAFUR SÁNCHEZ, Sergio y RODOLFO MIRANDA MIRANDA. «Contratación estatal: algunas reflexiones generales». En *Derecho & Sociedad*, n.º 29, p. 140 y ss.

<sup>105</sup> ACEDO PENCO, Ángel. *Op. cit.*, p. 330 y ss.

Debe tenerse en consideración que tradicionalmente los regímenes contractuales particulares se han justificado sobre la base de la existencia de relaciones jurídicas asimétricas que requieren de una normatividad que reestablezca el equilibrio entre las partes atribuyéndole a la parte débil una tutela particular.<sup>106</sup> Este es el caso, por ejemplo, de los contratos de consumo (B2C).<sup>107</sup> En la contratación estatal el «interés general» ha constituido la excusa suficiente para atribuirle a las entidades una tutela particular que más bien generaba un desequilibrio en la relación contractual que se apreciaba, por ejemplo, a través de las cláusulas exorbitantes. Esto, sin embargo, ha ido en retroceso y hoy la contratación estatal se desarrolla a través de una serie de principios, entre ellos, el de equidad según el cual:

Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

### 7.3.2. *La anulación del laudo arbitral por infracción de norma de orden público material*

La doctrina nacional es prácticamente unánime en considerar el carácter taxativo del artículo 63 de la Ley de Arbitraje que señala las causales de anulación del laudo arbitral. En este sentido, Cantuarias Salaverry afirma: «Contra los laudos arbitrales (sean estos de una sola o de doble instancia) procede la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial, conforme a causales taxativamente establecidas en la LGA».<sup>108</sup>

La Ley de Arbitraje no ha incluido expresamente la infracción a las normas de orden público como causal de anulación, como sí lo hacen otros países así, por ejemplo, España. En efecto, el literal f) del artículo 41 de la Ley 60/2003 del 23 de diciembre (texto consolidado, última modificación 6 de octubre de 2015) señala:

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[...]

f) Que el laudo es contrario al orden público.

Como ya se adelantó, el Tribunal Constitucional español distingue el orden público en material y procesal:

- i. El orden público material es: «el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada». (Sentencia 46/2020 de fecha 15 de junio de 2020)
- ii. El orden público procesal se configura como: «el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno

<sup>106</sup> Ver al respecto, ROPPO, Vincenzo. «Derecho y economía conductual, regulación del mercado y el sistema de contratos». En *Advocatus*, 2015, n.º 31, pp. 131-147. ROPPO, Vincenzo. «Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectiva del derecho contractual europeo». En *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2011, n.º 20, pp. 215-223. ROPPO, Vincenzo. *El contrato del dos mil* (Ensayos de la Revista de Derecho Privado n.º 1). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 64.

<sup>107</sup> Acrónimo que indica la expresión: *business to consumer*. Un sector de la doctrina italiana prefiere no hablar de asimetría, sino de «primer contrato» con referencia al contrato tal como es delineado por el Código Civil, y de «segundo contrato» con referencia a los contratos B2C (CAPOBIANCO, Ernesto. *Lecciones sobre el contrato*. Puno: Zela, 2017, p. 55). Hoy se habla hasta de contrato 3 y 4. Ver también, MEZZASOMA, Lorenzo. «Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional». En *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2015, n.º 29, pp. 187-225.

<sup>108</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Marco legal aplicable al arbitraje en el Perú: Ley General de Arbitraje y legislación aplicable al Estado peruano». En *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 67. En el mismo sentido, GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, Colección lo esencial del Derecho 16, p. 125.

o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público». (Sentencia 46/2020 de fecha 15 de junio de 2020)

Respecto al orden público procesal, Campo Candela señala: «La tutela efectiva de los derechos resulta predicable, también, respecto de quienes acuden al arbitraje, con los matices que merezcan introducirse al estar ante un sistema privado de solución de conflictos con una configuración jurídica propia y distinta de la jurisdicción. En esencia, se concede a quienes son parte del procedimiento arbitral, determinadas garantías constitucionales procesales irrenunciables que pueden condensarse en la noción de orden público».<sup>109</sup>

En efecto, si admitimos la distinción entre el orden público material y el orden público procesal, como en España, entonces, no cabe duda de que en la práctica el ordenamiento jurídico nacional sí admite la anulación del laudo arbitral por infracción del orden público procesal, por ejemplo, por infracción del debido proceso en su variante a la debida motivación. En este sentido, Rivas Caso nos informa que: «De los 821 recursos de anulación de laudo presentados en Lima en un lapso de 7 años, 485 fueron planteados alegando defectos en la motivación del laudo y 65 recursos se declararon fundados por este motivo».<sup>110</sup> El Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 00728-2008-PHC-TC ha establecido el estándar de motivación.

En términos más amplios, el Tribunal Constitucional en el Expediente n.º 02851-2010-PATC nos ha recordado que en un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el debido proceso —y en el que el derecho a la debida motivación es parte integrante—,<sup>111</sup> así señaló:

16. Con relación al arbitraje, este colegiado ha tenido la oportunidad de señalar que en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; así como los precedentes vinculantes y las sentencias normativas que emita este colegiado, dada su condición de supremo intérprete de la Constitución. (STC n.º 1567-2006-PA/TC)

En tal sentido, en el Perú el laudo contrario al orden público procesal puede ser anulado, por lo que puede hablarse de «causales de anulación textuales» y «causales de anulación virtuales».<sup>112</sup>

¿Y el orden público material? Al respecto, Campo Candela en España señala: «No sin ciertas vacilaciones, nuestros tribunales han reconocido la existencia de una vertiente sustantiva de la noción en los procesos de anulación del laudo. La regla general asumida por el legislador es que la controversia resuelta mediante laudo no puede ser privada de validez por motivos de fondo, salvo que contravenga el alcance sustantivo del orden público, identificado conforme a ya clásica formulación jurisprudencial

<sup>109</sup> CAMPO CANDELAS, Jesús. *La anulación del laudo por infracción del orden público*. Madrid: Garrigues - Thomson Reuters - Aranzadi, 2019, p. 177.

<sup>110</sup> El análisis fue hecho entre 821 recursos de anulación presentados entre el año 2009 y el 7 de enero de 2017 en las dos sales comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima, ver RIVAS, Gino. *La motivación de las decisiones arbitrales*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 45, pp. 310-311. También, WONG ABAD, Julio M. *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la jurisprudencia de la subespecialidad comercial*. Lima: Jurista Editores, 2013, p. 113 y ss.

<sup>111</sup> Ver ARRARTE ARINASBARRETA, Ana. «Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia». En *Themis, Revista de Derecho*, 2001, n.º 43, p. 56.

<sup>112</sup> Otros autores hablan de «causales encubiertas». Ver CASTILLO FREYRE, Mario y otros. *Ley de Arbitraje. Análisis y comentarios a diez años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 766. Ver PORTOCARRERO LANATTA, Ramiro. «La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje». En *Themis, Revista de Derecho*, 2003, n.º 46, p. 365 y ss. También, BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «No cometerás actos impuros»: el orden público y el control judicial del laudo arbitral». En *Themis, Revista de Derecho*, n.º 63, p. 185 y ss. WONG ABAD, Julio M. *El control de la motivación del laudo de contratación pública*. Tesina para optar el grado de máster en Derecho Público y Administrativo por la Universidad de Jaén, 2017, p. 36. GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. «Algunos comentarios sobre el arbitraje en la Ley n.º 30225: nueva Ley de Contrataciones del Estado». En *Revista de Arbitraje PUCP*, n.º 4, 2014, p. 147 y ss.

con los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el capítulo II, título I de la Constitución, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el art. 9.3».<sup>113</sup>

Puede observarse que el Tribunal Constitucional español ha sido más reservado respecto a la anulación del laudo arbitral por infracción del orden público material, teniendo en cuenta que, como regla general, no es misión de los órganos jurisdiccionales corregir deficiencias de fondo, no existe un pretendido derecho al acierto arbitral en la selección, interpretación y aplicación de las normas.

Como señala el Tribunal Constitucional español: «Precisamente, porque el concepto de orden público es poco nítido se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje [...]».<sup>114</sup> Solo se justificaría la anulación del laudo arbitral por infracción al orden público material o sustantivo cuando contravenga manifiestamente los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

Como hemos visto, el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 incluye una causal adicional: «El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo». Ahora bien, cabe, entonces, preguntarse si la causal de anulación es el incumplimiento del orden preferencia en la aplicación del derecho o si, más bien, es la infracción de la norma de orden público. En nuestra opinión, no es posible una interpretación distinta, el legislador ha querido que la causal de anulación del laudo arbitral sea la alteración del orden de preferencia en la aplicación del derecho por cuanto se trataría de una norma de orden público interno. No obstante, reitero que, en mi opinión, la norma no es de orden público porque así lo haya declarado el legislador.

En términos de Kelsen, la norma contenida en el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 es una norma primaria, puesto que establece un «deber» del árbitro (no alterar el orden de preferencia en la aplicación del derecho) y una sanción para el caso de incumplimiento de dicho deber:<sup>115</sup> la anulación del laudo arbitral. Pero la norma contenida en el artículo 45.10 de la Ley n.º 30225 sería una norma secundaria porque solo establece el «deber» sin incluir sanción (ya no hace referencia a la anulación del laudo), pero al considerarlo una norma de orden público, abre el camino a considerarlo una causal de anulación virtual.

### 7.3.3. *El control judicial sobre el fondo del laudo*

Si se considera que el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 contiene una norma de orden público, entonces sería de orden público material o sustantivo, su infracción conllevaría la anulación del laudo arbitral y ello supondría, entonces, abrir la puerta a los jueces a realizar un control sobre el fondo del laudo.

En efecto, si se considera que alterar el orden de preferencia del derecho es causal de anulación ello supone permitir el control judicial en cuanto a la correcta aplicación de las normas sustantivas, es decir, al control judicial de la decisión del árbitro respecto a la norma a ser aplicada en el caso concreto.

Esto no es conveniente, la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la motivación «no garantiza la corrección jurídica de la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los jueces y tribunales, pues no existe un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las normas, salvo que afecte el contenido de otros derechos constitucionales».<sup>116</sup>

<sup>113</sup> CAMPO CANDELAS, Jesús. *Op. cit.*, p. 178.

<sup>114</sup> Sentencia 46/2020 de fecha 15 de junio de 2020 del Tribunal Constitucional español.

<sup>115</sup> Kelsen, Hans. *Teoría general de las normas*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 81.

<sup>116</sup> Sentencia 46/2020 de fecha 15 de junio de 2020 del Tribunal Constitucional español.



En tal sentido, reitero mi opinión en el sentido de que el artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 y el artículo 45.10 de la Ley n.º 30225 no contienen una norma de orden público. Cosa distinta es que algunas de las normas de la «normativa de contrataciones del Estado» sean de orden público material o sustantivo y en cuyo caso el control judicial debe limitarse como lo señala el Tribunal Constitucional español si no se quiere desnaturalizar el arbitraje.

#### 7.4. *La justificación del artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017*

Morón y Aguilera señalan:

[...] es conveniente tener presente que todos los contratos del Estado están sujetos a un régimen de derecho público, aunque existen grados dentro de ese régimen: algunos están más próximos al derecho común, como la donación de bienes a favor del Estado o el arrendamiento de locales por parte del Estado, y otros se insertan plenamente dentro del régimen administrativo clásico, como la concesión de servicios u obras, o las obras públicas. La supletoriedad del régimen común respecto de estos contratos debe apreciarse cuando ambos sean compatibles en su naturaleza jurídica, lo cual no implica necesariamente guiarse por su denominación típica. Esta supletoriedad es para cubrir los vacíos que no pueden solucionarse con la aplicación de los principios de las contrataciones y los principios de derecho administrativo, y se ha visto reforzada por la institución arbitral, la cual en defecto de normas administrativas considera con frecuencia figuras del derecho común, tales como el enriquecimiento sin causa, la excesiva onerosidad de la prestación, el carácter conmutativo del contrato, etcétera. Precisamente, para evitar desviaciones se considera como causal de anulación de laudo que «se incumpla con el orden de preferencia en la aplicación del derecho», por lo que se prefieren las normas de derecho común antes que las de derecho público y sus principios.<sup>117</sup>

Discrepo respetuosamente de los distinguidos autores cuando afirman: «[...] en defecto de normas administrativas considera con frecuencia figuras del derecho común, tales como el enriquecimiento sin causa, la excesiva onerosidad de la prestación, el carácter conmutativo del contrato, etcétera». Parece difícil negar que las figuras utilizadas en la contratación estatal no sean propias del derecho común: resolución del contrato, fuerza mayor, penalidades, etc., incluso si tienen una regulación particular.<sup>118</sup> Resulta, por lo menos, discutible afirmar, por ejemplo, que el enriquecimiento sin causa<sup>119</sup> es una figura del derecho común y que no resulta de aplicación al contrato estatal.<sup>120</sup>

El principio de enriquecimiento sin causa se proyecta a diversos ámbitos del derecho. En efecto, este «consiste en la idea de que el intercambio de bienes y de servicios debe realizarse de acuerdo con los postulados establecidos por el ordenamiento jurídico para realizar los dictados de la justicia conmutativa. Ha de tratarse de atribuciones que sean consecuencia de negocios jurídicos lícitos y válidamente celebrados o de actos realizados de conformidad con los preceptos legales. Todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considere como justas».<sup>121</sup> El ordenamiento establece a favor del sujeto que realiza una atribución o desplazamiento sin causa un remedio restitutorio.<sup>122</sup>

<sup>117</sup> MORÓN, Juan Carlos y AGUILERA, Zita. *Op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>118</sup> Así, por ejemplo, en la mora del deudor, el Código Civil puede acoger la mora *ex persona* como regla, mientras que la «normativa de contrataciones del Estado», la mora automática.

<sup>119</sup> Para no distraer al lector solo me ocuparé del enriquecimiento sin causa y de manera muy precisa.

<sup>120</sup> Que la acción residual del enriquecimiento sin causa, por lo general, haya sido mal utilizada en procesos arbitrales relativos a contratos estatales es un tema distinto. A menudo se olvida su carácter residual o no se tiene en consideración casos de enriquecimiento sin causa forzados.

<sup>121</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas. Thomson Reuters, 2007, volumen primero, sexta edición, p. 107.

<sup>122</sup> El artículo 1954 del Código Civil se refiere a un remedio resarcitorio, lo que no es preciso («Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro *está obligado a indemnizarlo*»).



El enriquecimiento sin causa se regula por medio de tres modelos<sup>123</sup> y el legislador peruano adoptó el modelo francés. El modelo francés es uno fragmentado «porque conoce acciones específicas distintas para el pago de lo indebido, la gestión de negocio ajeno y la acción general de enriquecimiento injustificado».<sup>124</sup>

Teniendo en consideración lo señalado, el enriquecimiento sin causa es la razón por la que, por ejemplo, el pago de la retribución que realiza la entidad al contratista se considera un pago debido. Si la entidad, por ejemplo, pagara al contratista más de lo que le era debido, ¿no tiene derecho a solicitar la restitución de lo pagado en exceso?<sup>125</sup> Si el contrato estatal se resuelve, ¿no corresponde la restitución de las contraprestaciones? Si el contrato estatal se declara nulo, ¿no pasa lo mismo? Pues la respuesta a las preguntas es afirmativa y el fundamento es, precisamente, el enriquecimiento sin causa o una de sus *condictio*s, por ejemplo, el pago indebido.

Por lo expuesto, si el fundamento del artículo 52.3 del Decreto Legislativo n.º 1017 es evitar las «desviaciones» a las que se refiere Morón y Aguilera, me temo que el remedio termina siendo peor que la enfermedad. La exclusión del control judicial en cuanto al fondo en general y en cuanto a la correcta aplicación de la legalidad sustantiva en particular es una garantía que evita la desnaturalización del arbitraje. Como advierte el Tribunal Constitucional español:<sup>126</sup> «[...] la finalidad última del arbitraje, que no es otra cosa que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo».

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEDO PENCO, Ángel. «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y en la jurisprudencia». En *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura*, 1996-1997, n.ºs 14-15.

ALEMANN, María Florencia. *Limitaciones de orden público y normas imperativas en contratos de agencia local e internacional*. Tesis para optar el grado de magíster en Derecho, Universidad San Andrés. Buenos Aires, 2019.

ALVITES, Elena. «La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso». En *Derecho PUCP*, n.º 80, junio-noviembre, 2018.

ARRARTE ARINASBARRETA, Ana. «Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de concidencia». En *Themis, Revista de Derecho*, 2001, n.º 43.

BARBERO, Domenico. *Sistema de derecho privado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, tomo I.

BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. «El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso». En *Advocatus*, 2018-II, n.º 38.

<sup>123</sup> Ver al respecto BASOZABAL ARRUE, Xabier. «Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado». En *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, octubre 2018. Ver también ZUMAQUERO GIL, Laura. «El enriquecimiento injustificado en el derecho privado europeo. Hacia una armonización de la figura». En *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, abril 2017.

<sup>124</sup> BASOZABAL ARRUE, Xabier. *Op. cit.*, p. 4. Habría que decir, «entre otros», por ejemplo, el pago por tercero, en la en el caso de la posesión por mejoras.

<sup>125</sup> En cuanto al pago en exceso me remito a BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. «El enriquecimiento sin causa en el contexto del contrato: a propósito del pago en exceso». En *Advocatus*, 2018-II, n.º 38, pp. 27-40.

<sup>126</sup> Citado en ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El control judicial sobre el fondo del laudo*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 18.

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «La resolución del contrato por incumplimiento y lesión del interés contractual positivo en el Código Civil peruano». En *Derecho de contratos: perspectivas actuales. Armonización y principios. Incumplimientos y remedios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

BASOZABAL ARRUE, Xabier. «Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado». En *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, octubre 2018.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. *Teoria do fato jurídico*. Río de Janeiro: Saraiva, 1986, segunda edición.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1993, tomo 4.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1998, tomo 3.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 2019, quinta edición.

BOZZI, Giuseppe. «Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio». En *Diritto civile* (vol. III: Obbligazioni. I Il rapporto obbligatorio). Milano: Giuffrè, 2009.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «“No cometerás actos impuros”: el orden público y el control judicial del laudo arbitral». En *Themis, Revista de Derecho*, n.º 63.

CABALLERO LOZANO, José María. *La mora del acreedor*. Barcelona: José María Bosch, 1992.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «La recepción de la obra». En *Anuario de Derecho Civil*, 1978.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*. Madrid: Montecorvo, 1988.

CAMPO CANDELAS, Jesús. *La anulación del laudo por infracción del orden público*. Madrid: Garrigues - Thomson Reuters - Aranzadi, 2019.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Marco legal aplicable al arbitraje en el Perú: Ley General de Arbitraje y legislación aplicable al Estado peruano». En *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008.

CAPOBIANCO, Ernesto. «La determinación de la regulación». En *Trattato del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006.

CAPOBIANCO, Ernesto. *Lecciones sobre el contrato*. Puno: Zela, 2017.

CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Hacia la reforma del libro VI del Código Civil». En *Themis, Revista de Derecho*, n.º 30.

CASTÁN TOBEÑAS, José. «Situaciones jurídicas subjetivas». En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, septiembre 1963, tomo XLVII.

CASTILLO FREYRE, Mario y otros. *Ley de Arbitraje. Análisis y comentarios a diez años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

CATTANEO, Giovanni. *La cooperazione del creditore all'adempimento*. Milano: Giuffrè, 1964.

CATTANEO, Giovanni. *Mora del creditore* (Serie. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca). Bologna: Zanichelli Editore, 1983.

CHESSA, Corrado. *L'adempimento*. Milano: Giuffrè, 1996.

CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio. «El derecho del deudor a la subsanación o corrección del cumplimiento no conforme (*right to cure*). Acercamiento desde los instrumentos de derecho contractual uniforme hacia el derecho chileno de contratos». En *Ius et Praxis*, 2017, n.º 1, año 23.

CRISTÓBAL MONTES, Angel. «El pago: el papel de la voluntad de acreedor y de deudor». En *Anuario de Derecho Civil*, 1986.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985.

DELLACASA, Matteo. *La cooperazione all'adempimento e i remedi a tutela del debitore* (Serie: Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2019.

DÍEZ-PICAZO, Luis. «El contenido de la relación obligatoria». En *Estudios de derecho privado*. Madrid: Civitas.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996, volumen segundo, quinta edición.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas. Thomson Reuters, 2007, volumen primero, sexta edición.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Madrid: Tecnos, 2016, vol. I, decimo-tercera edición.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «El orden público y las buenas costumbres en la experiencia jurídica nacional». En *Ius et Veritas*, n.º 24.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La disposición de bienes conyugales. Reflexiones sobre dos instituciones encontradas: la nulidad y la ineficacia sobre la venta de bienes conyugales». En *Actualidad Civil*, enero 2016, vol. 19.

FRANCO REGJO, Eric. «Aceptación y rechazo de obras de construcción: ¿rechazo por defectos menores?». En *Ius La Revista*, n.º 38.

FRANZONI, Massimo. «Degli effetti del contratto. Artt. 1374-1381. Vol. 2: Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori». En SCHLESINGER, Piero (fundador) y Francesco D. BUSNELLI (director). *Il Codice Civile. Commentario*. Milano: Giuffrè, segunda edición, 2013.

GAGLIARDO, Mariano. *La mora en el derecho civil y comercial. Su estructura y alcances*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979.

GALGANO, Francesco. «Degli effetti del contratto». En *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Bologna: Zanichelli Editore, 1993.

GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico* (Serie: Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2002.

GIORGIANNI, Michele. *La obligación. La parte general de las obligaciones*. Barcelona: Bosch, 1958.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Río de Janeiro: Forense, 1986, octava edición.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel y otros. «Introducción: límites entre el derecho sancionador y el derecho privado». En *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*. Valladolid: Lex Nova, 2012.

GRIJELMO, Álex. *La información del silencio. Como se miente contando hechos verdaderos*. Madrid: Taurus, 2012.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. «Algunos comentarios sobre el arbitraje en la Ley n.º 30225: nueva Ley de Contrataciones del Estado». En *Revista de Arbitraje PUCP*, n.º 4, 2014.

GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, Colección lo esencial del Derecho 16.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2002, segunda edición.

HILDEBRANDT, Martha. *El habla culta (o lo que debiera serlo)*. Lima: 2003, segunda edición.

KELSEN, Hans. *Teoría general de las normas*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

LANDA ARROYO, César. *La constitucionalización del derecho. El caso del Perú*. Lima: Palestra, 2018.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, José. *Lenguaje, normas y sistema jurídico*. Madrid: Tecnos, 2012.

LÓPEZ PEÑA, Edmer Leandro. *Dilema del interés público en el derecho administrativo*. Navarra: Thomson Reuters - Aranzadi, 2018.

LUNA SERRANO, Agustín. *Las normas que acogen conceptos elásticos o formulaciones abiertas*. Madrid: Dykinson, 2019.

MEZZASOMA, Lorenzo. «Disciplina del contrato, tutela del contratante más débil y valor constitucional». En *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2015, n.º 29.

MORALES MORENO, Antonio Manuel. «Adaptación del Código Civil al derecho europeo: la compra-venta». En *Annuario de Derecho Civil*, 2003.

MORÓN, Juan Carlos y Zita AGUILERA. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El control judicial sobre el fondo del laudo*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

PANTALEÓN, Fernando. «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual». En *Annuario de Derecho Civil*, 1993.

PINO RICCI, Jorge. *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

PORTOCARRERO LANATTA, Ramiro. «La impugnación del laudo contrario al orden público en la Ley General de Arbitraje». En *Themis, Revista de Derecho*, 2003, n.º 46.

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las obligaciones* (Biblioteca para Leer el Código Civil, vol. XVI, primera parte - tomo IV). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

RIVAS, Gino. *La motivación de las decisiones arbitrales*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 45.

RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 2004.

RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. «Anulación de laudo por incumplimiento del orden de preferencia en la aplicación de la normativa». En *Revista de Arbitraje PUCP*, n.º 2, 2012.

ROPPO, Enzo. *Manuale di diritto civile*. Bari: Editori Laterza, 1984.

ROPPO, Vincenzo. «Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectiva del derecho contractual europeo». En *Revista de Derecho Privado*, enero-junio 2011, n.º 20.

ROPPO, Vincenzo. «Derecho y economía conductual, regulación del mercado y el sistema de contratos». En *Advocatus*, 2015, n.º 31.

ROPPO, Vincenzo. *El contrato del dos mil* (Ensayos de la Revista de Derecho Privado n.º 1). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001.

SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C. «La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no solo de derechos, sino también de cargas y deberes». En *Revista de Derecho Privado*, diciembre de 2011.

TAFUR SÁNCHEZ, Sergio y Rodolfo MIRANDA MIRANDA. «Contratación estatal: algunas reflexiones generales». En *Derecho & Sociedad*, n.º 29.

TORRES Y TORRES LARA, Carlos. «Aplicación supletoria de las normas del Código Civil». En *Tratado de Derecho Civil*. Lima: Universidad de Lima, 1990, tomo I.

VAQUER ALOY, Antoni. *El ofrecimiento de pago en el Código Civil*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

VAQUER ALOY, Antoni. «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?». En *Anuario de Derecho Civil*, 2011, tomo LXIV, fascículo I.

VELUZZI, Vito. *Las cláusulas generales. Semántica y política del derecho*. Puno: Zela, 2010.

VENEGAS GRAU, María. *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y en principio de autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

VV. AA. *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*. A cura di Giovanni D'Amico. Milano: Giuffrè, 2017.

WAYAR, Ernesto. *Derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 1990, tomo I.

WONG ABAD, Julio M. *El control de la motivación del laudo de contratación pública*. Tesina para optar el grado de máster en Derecho Público y Administrativo por la Universidad de Jaén.

WONG ABAD, Julio M. *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo. Una revisión de la jurisprudencia de la subespecialidad comercial*. Lima: Jurista Editores, 2013.

ZUMAQUERO GIL, Laura. «El enriquecimiento injustificado en el derecho privado europeo. Hacia una armonización de la figura». En *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, abril 2017.



# LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAUDOS ARBITRALES EN CASOS DE ORDEN PÚBLICO (CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTRATOS ILÍCITOS) Y LAS TENSIONES QUE PROVOCA

Leandro Caputo\*

**Sumario:** 1. El caso.— 2. Alegación de parte recién en la instancia judicial.— 2.1. El caso Alstom.— 2.1.1. El caso.— 2.1.2. La decisión de la corte de la sede.— 2.1.3. *Exequatur* en Inglaterra.— 2.1.4. *Exequatur* en Francia.— 2.2. El caso Sorelec.— 2.3. Primeras tensiones.— 3. Materia alegada (y resuelta o no) en el laudo.— 4. Actuación de oficio del tribunal judicial.— 5. Umbral de revisión.— 5.1. Principio general.— 5.2. La excepción.— 5.3. Las distintas posturas. Del minimalismo al maximalismo pasando por la interpretación contextual.— 5.3.1. La revisión minimalista. La importancia de la oportuna alegación de parte.— 5.3.2. La interpretación contextualista. La evidencia *prima facie* o los indicios graves, precisos y concordantes.— 5.3.3 La revisión amplia.— 6. Pruebas admisibles.— 6.1. En cuanto a la oportunidad de su producción.— 6.2. En cuanto a su fuerza de convicción.— 7. La carga de la prueba.— 8. Atribuciones y determinación del orden público involucrado.— 8.1. Las atribuciones que corresponden al tribunal arbitral y a la corte judicial.— 8.2. ¿Cuál orden público? (i) La ley de ejecución del contrato.— 8.3. ¿Cuál orden público? (ii) El orden público del país del *exequatur*.— 9. La importancia de la sede.— 10. A modo de conclusión: la tensión entre la cosa juzgada emanada del laudo y la protección del orden público.— 11. Referencias bibliográficas.

*An arbitral award, whether in the commercial or the investment context, is not worth the paper it is written on if it cannot be enforced.<sup>1</sup>*

## 1. EL CASO

Una situación específica se presenta en el ámbito del arbitraje internacional en aquellos casos en los cuales el tribunal judicial se encuentra —ya sea en el ámbito de una petición de nulidad o de una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero— con una posible transgresión del orden público, en concreto, a los fines de este trabajo, con un laudo arbitral que encubra o permita la ejecución de un contrato ilícito.<sup>2</sup>

Son varios los escenarios que pueden presentarse: (i) que la partes hayan invocado frente al tribunal arbitral la cuestión de la ilicitud del contrato subyacente, sea que se la haya considerado o no en el laudo; (ii) que, en cambio, la invoquen por primera vez ante la corte judicial en alguno de los procesos antes indicados, o (iii) que sea la corte judicial, de oficio, la que introduzca la materia de orden público.

\* Abogado, especialista en arbitraje y *amicable dispute resolution* (ADR).

<sup>1</sup> KREINDLER, Richard. *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*. Hague: Hague Academy International Law, 2013, p. 435.

<sup>2</sup> A los fines de este trabajo, tomamos como referencia, en principio y sujeto a la excepción que indicaremos, lo manifestado en la recomendación 1(f) del *Final Report on Public Policy* de la *International Law Association* (Nueva Delhi, 2002): «Whether the seat of the arbitration was located within the territory of the forum or abroad is not a consideration which should be taken into account by a court when assessing an award's conformity with international public policy». Por lo tanto, todo lo que exponemos en este trabajo puede ser aplicado tanto a la petición de nulidad como al *exequatur*. Sin embargo, como veremos a lo largo del trabajo, existen excepciones a la posibilidad de asimilar el tratamiento de los contratos ilícitos en una petición de nulidad o en un *exequatur*.

El tema tiene una gran actualidad como consecuencia del dictado, por parte de jurisdicciones judiciales de reconocida experiencia en materia arbitral y favorables al reconocimiento de los laudos arbitrales, de recientes sentencias que revisaron laudos arbitrales en las que debieron abordar la cuestión de la ilicitud de los contratos subyacentes y el impacto que ello tiene en la tarea revisora de la corte judicial.<sup>3</sup>

La cuestión genera distintos tipos de tensiones, incluso entre principios reconocidos o normas aplicables al arbitraje, como pretendemos demostrar a lo largo de este trabajo.

## 2. ALEGACIÓN DE PARTE RECIÉN EN LA INSTANCIA JUDICIAL

Una primera cuestión para analizar es si las partes pueden alegar la ilicitud del contrato (por ejemplo, por estar viciado por un acto de corrupción) recién por primera vez en el ámbito de la petición de nulidad o de la solicitud de *exequatur*.

Pueden ser variadas las razones por las cuales una parte no desea invocar una cuestión de orden público frente al tribunal arbitral (por ejemplo, que un contrato encubra un acto de corrupción), no obstante lo cual decide, finalmente, invocarla ante la corte judicial en la instancia de la petición de nulidad o en la solicitud de *exequatur*.<sup>4</sup> Esto es lo que sucedió en los casos Alstom y Sorelec.

### 2.1. El caso Alstom

#### 2.1.1. El caso

En Alstom, esta sociedad recién invocó —al menos como una pretensión concreta— frente a las distintas instancias judiciales que se desarrollaron ante los tribunales de Suiza, el Reino Unido y Francia la cuestión de la corrupción que a su entender encubrían los contratos de asesoramiento. Las dos primeras jurisdicciones mencionadas (Suiza y el Reino Unido) no acogieron la petición de Alstom. Para ello, consideraron (sucintamente) que la cuestión no había sido previamente invocada ante el tribunal arbitral y que la corte judicial no podía revisar lo resuelto por aquel.

#### 2.1.2. La decisión de la corte de la sede

La corte judicial de la sede (Ginebra), el Tribunal Federal suizo concluyó que si el tribunal arbitral es competente para determinar la alegada cuestión de ilegalidad (a la que Alstom había hecho una simple referencia en el proceso arbitral) y entiende que no hay ilegalidad en los hechos debatidos, entonces no hay prácticamente ningún margen para que los tribunales judiciales reabran el debate sobre dicha cuestión. Desde un punto de vista conceptual, esta regla general podría ceder en caso de configurarse circunstancias excepcionales, que el tribunal no individualizó.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Nos referimos a las resoluciones recaídas en los casos Sorelec (en Francia, Cour d'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1 N° RG 18/02568, del 11/11/20) y Alstom (en el Reino Unido, Suiza y Francia -en el Reino Unido: England and Wales, *High Court*, del 18/6/20; en Suiza: Cour Federal Suisse, del 3/11/16, y en Francia: Cour d'appel de Paris, Pôle 1, Chambre 1, del 28/5/19, RG/16/11182 y Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 19-19.769, del 29/9/21-). Asimismo, aun cuando en materia de jurisdicción puede hacerse referencia a la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de París en el caso État de Libye vs. Nurol Insaat Ve Ticaret Anonim Sirketi, RG 19/19834, del 28/9/21.

<sup>4</sup> Ver LABORDE, Gustavo. «Awards Masking Corruption: How French Courts Lead the Way». En *CEA Journal of IA*, junio 2021, p. 14, nota al pie 52.

<sup>5</sup> ¶ 3.1.



### 2.1.3. Exequatur en Inglaterra

Por su parte, la *High Court* inglesa consideró que alegar la cuestión en la instancia judicial cuando ella podría haber sido invocada ante el tribunal arbitral no era necesariamente un obrar abusivo.<sup>6</sup> No obstante ello, sí podía ser considerado *prima facie* como abusivo si la postergación en realizar la alegación fuese deliberada.<sup>7</sup> La carga de la prueba recae sobre la parte que alega no incurrir en abuso al invocar la cuestión recién en sede judicial,<sup>8</sup> quien debe probar por qué no pudo y no debió haber alegado esa defensa ante el tribunal arbitral.<sup>9</sup> Adicionalmente, concluyó que era claro que la defensa podría haber sido alegada ante el tribunal arbitral o ante el Tribunal Federal suizo revisor —más aún cuando ella se apoyaba sobre pruebas aportadas al proceso arbitral—, sin que se hubiera justificado por qué no se la había alegado en esas instancias.<sup>10</sup>

Nótese la dificultad que genera el tema, en tanto la corte judicial del *exequatur* entiende que la cuestión podría haber sido alegada ante la corte de la sede, cuando esta negó expresamente esa posibilidad, salvo la configuración de circunstancias excepcionales, que no consideró configuradas en el caso.

### 2.1.4. Exequatur en Francia

En Francia, el caso tramitó ante distintas instancias como la Cámara de Apelaciones de París y la corte de casación. La Cámara de Apelaciones parisina sostuvo, en primer lugar, que el juez del *exequatur* es solo juez de la inserción del laudo extranjero en el orden jurídico nacional, tarea que no incluye la verificación de las estipulaciones contractuales,<sup>11</sup> debiendo asegurarse que la ejecución de la sentencia no conlleve una violación manifiesta, efectiva y concreta del orden público internacional, específicamente que la sentencia no contenga una condena a pagar sumas destinadas al financiamiento o la remuneración de una actividad de corrupción o de tráfico de influencias.

Añadió, en sentido contrario a lo que luego resolvería la *High Court* inglesa, que la eventual mala fe de parte de la deudora en omitir invocar oportunamente la cuestión de la ilicitud del contrato subyacente era indiferente, porque lo que está en debate es la negativa del orden público francés a prestar la ayuda de los recursos legales para el pago de sumas vinculadas a una causa ilícita. De esta manera, para la postura adoptada por la Cámara de Apelaciones de París, la falta de alegación de la materia de orden público (la ilegalidad de los contratos de consultoría) ante el tribunal arbitral no es un impedimento para que ella fuera invocada en la instancia judicial revisora del *exequatur*.

Por su parte, la corte de casación francesa revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones por considerar que aquella había fundado su decisión sobre la base de piezas probatorias que no habían sido presentadas ante el tribunal arbitral.

<sup>6</sup> ¶ 135.

<sup>7</sup> ¶ 140.

<sup>8</sup> ¶¶ 142 y 147.

<sup>9</sup> Lo que el tribunal inglés caracterizó como «the requirement of could and should» (¶ 145). Si bien luego hizo referencia a lo que definió como la doctrina Lemenda, que resalta la falta de interés que tendría para el orden público inglés que en otro país se hubiera cometido un acto ilícito, concluyó que la excepción se da en el caso en que esos contratos celebrados en el extranjero fueran obtenidos mediante fraude o corrupción (¶ 154). Lemenda refiere a la decisión adoptada en el caso Lemenda Trading Co. Ltd. vs. African Middle East Petroleum Co. Ltd. [1988] Q.B. 448. En este caso, la corte judicial inglesa sostuvo que las cortes inglesas no deberían ejecutar un contrato bajo ley inglesa que no puede ser ejecutado en el extranjero, debido a: (a) se refiere a un negocio que es contrario al orden público en tanto afecte los principios de moralidad; y, (b) que el mismo orden público aplique al país de ejecución del contrato, de modo el que el mismo no sería ejecutable bajo las leyes de ese país. Sobre la aplicación de la ley de la ejecución del contrato, ver DERAÏNS, Yves. «The ICC arbitral process. Part VIII. Choice of the law applicable to the contract and international arbitration». En *The ICC International court of arbitration bulletin*, mayo 1995, n.º 1, vol 6, p. 17.

<sup>10</sup> ¶¶ 150 y 165.

<sup>11</sup> En sentido concordante, PAULSSON, Marika. *The 1958 New York Convention in Action*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016, p. 167; CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, pp. 314 y 315; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «“No cometerás actos impuros”: el orden público y el control judicial del laudo arbitral». En *Themis, Revista de Derecho*, 2013, vol. 63, p. 189.

De todo lo anterior podemos advertir que: (i) aun cuando las cortes inglesa y suiza ratificaron el laudo sobre la base de considerar que Alstom había omitido sin razón valedera invocar la finalidad ilícita de los contratos subyacentes, dejaron a salvo que en casos excepcionales<sup>12</sup> y con la debida justificación una parte podría alegar una defensa de esa naturaleza recién en la instancia judicial de nulidad o de reconocimiento y ejecución del laudo;<sup>13</sup> y (ii) la corte de casación revocó la decisión de la Cámara de Apelaciones de París sobre la base de considerar improcedente el análisis de piezas probatorias que no habían sido aportadas al proceso judicial.

## 2.2. El caso Sorelec

En el caso Sorelec se repitió la situación en tanto la cuestión de la corrupción recién fue alegada en la instancia judicial.

En el trámite del proceso arbitral Sorelec y Libia (actuando a través del ministro de justicia del gobierno provisorio entonces en funciones en ese país) llegaron a un acuerdo (llamado protocolo). El tribunal arbitral determinó que tenía competencia para resolver sobre el protocolo, lo homologó (a pedido de las partes) y condenó a Libia a pagar a Sorelec la suma de € 230 000 000 dentro de los 45 días de notificada la sentencia. En defecto de ese pago en término, el tribunal arbitral dictaría una sentencia final condenando a Libia a pagar la suma de € 452 042 452,28. Ante la falta de pago en término de la suma transaccional prevista en el protocolo, el 10 de abril de 2018 el tribunal condenó a Libia a pagar la suma total precedentemente referida.

Libia dedujo recurso contra el laudo alegando que la resolución del tribunal arbitral había sido adoptada excediendo su misión y en violación del orden público internacional.

La Cámara de Apelaciones de París consideró que la pretensión de Sorelec implicaba dar efecto a un acuerdo de partes *manchado* de corrupción. Es decir, validó que recién en la instancia judicial Libia alegara la cuestión de ilegalidad del protocolo, que ella misma había celebrado (bajo otro gobierno, provisorio).

## 2.3. Primeras tensiones

La alegación de la ilicitud del contrato (o, en términos más generales, de la cuestión de orden público) recién en la instancia judicial podría generar una tensión entre dos causales de denegación del *exequatur*: (i) que el laudo resuelva sobre cuestiones que no fueron sometidas al arbitraje; y, (ii) la aplicación de oficio de la cuestión de orden público.<sup>14</sup>

El tribunal arbitral podría estar frente al dilema de limitar su resolución a la misión específicamente encomendada por las partes y evitar así, a pesar de eventuales indicios de afectación de una cuestión de orden público verdaderamente internacional, incurrir en la causal de denegación prevista en el artículo V.1.c) de la Convención de Nueva York<sup>15</sup> o aplicar, más allá de la misión encomendada por las partes, el principio de orden público verdaderamente internacional que las partes no alegaron, pero el tribunal considera aplicable. Ello se vincula con una tensión de orden superior que emana de los textos similares que comparten tanto la Convención de Nueva York como la Ley Modelo Uncitral,

<sup>12</sup> El mismo criterio adoptó la justicia inglesa en el caso *Westacre Investments Inc c/ Jugoimport-Sdrp Holding Company Limited* [1999] APP.L.R. 05/12, del 12/5/1999.

<sup>13</sup> La corte de apelaciones inglesa hizo referencia a que pueden existir especiales circunstancias bajo las cuales el principio de no revisión debería ceder, circunstancias que hacen a los más graves tipos de ilegalidad, es decir que se está en contra de un principio de orden público reconocido globalmente, casi universalmente (§ 151). También la doctrina ha hecho referencia al orden público «universal» (LABORDE, Gustavo. *Op. cit.*, p. 18).

<sup>14</sup> Sobre la aplicación de oficio de esta causal de denegación del *exequatur* ver la nota al pie 24.

<sup>15</sup> «Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la parte contra la cual se invoca, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...]

c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria [...]

representada por el hecho de que ciertas causales de denegación del *exequatur* deben ser alegadas y probadas por la parte interesada, mientras que otras pueden ser aplicadas de oficio. Retomamos este tema en § 4 y nota al pie 24.

La cuestión se relaciona, asimismo, con otro factor de tensión que es la obligación del tribunal arbitral de emitir un laudo ejecutable. ¿Puede el tribunal arbitral, frente a este deber, limitarse a cumplir la misión encomendada por las partes sin tomar en consideración la eventual afectación del orden público internacional en el potencial lugar del reconocimiento y la ejecución? De ello se deriva una tensión adicional: al momento de dictar el laudo, ¿sabe el tribunal con certeza cuál será el lugar del reconocimiento y la ejecución del laudo?

### 3. MATERIA ALEGADA (Y RESUELTA O NO) EN EL LAUDO

Si la cuestión de orden público fuera alegada en el proceso arbitral y, por lo tanto, sea objeto de análisis y decisión por parte del tribunal, ¿puede la corte judicial revisar lo resuelto por el aquel? La pregunta también involucra el caso en el que la cuestión de orden público fuera invocada en sede arbitral, pero el tribunal no hace un análisis de la misma en el laudo por considerar que ello no es necesario para la solución del conflicto.

En el caso Alstom, la Cámara de Apelaciones de París reconoció que si bien Alstom no había alegado concretamente la cuestión de la corrupción ante el tribunal arbitral, debía considerarse que las partes se habían vinculado por tres contratos de consultoría regidos por el derecho suizo, por lo que correspondía determinar la legalidad de los mismos bajo esa ley. Indicó que el tribunal arbitral había considerado que esos contratos no eran en sí mismos ilícitos y que ninguna de las partes había alegado que hubieran tenido la intención que la demandada cometiese efectivamente actos de corrupción u otra forma de influencia abusiva sobre los potenciales clientes a fin de obtener el acceso a los mercados. Concluyeron, entonces, los árbitros que los contratos no habían sido celebrados para fines ilícitos.

Sin embargo, sobre la base de ciertos indicios que calificó como graves, precisos y concordantes, la corte judicial resolvió reabrir el debate y analizar el mérito de la cuestión, incluso mediante la ponderación de elementos de prueba que no habían sido aportados al proceso arbitral (los que permitió añadir en esa instancia judicial) y concluyó en el rechazo del *exequatur*. Como ya anticipamos, el hecho de haber tomado en consideración elementos de prueba que no habían sido aportados al proceso arbitral fue el argumento que la corte de casación tomó en consideración para revocar lo decidido por la Cámara de Apelaciones.

Queda abierto, entonces, el interrogante sobre cuál será la posición que finalmente adopten los tribunales franceses sobre la incorporación de nuevos hechos o nuevas pruebas en la etapa de revisión ante los tribunales arbitrales en casos que involucren contratos ilícitos o sobre los que existen indicios de ilicitud. Ello se debe a que en casos previos a Alstom, la jurisprudencia francesa había resuelto que, sobre la base de la buena fe y la lealtad en el arbitraje internacional, las partes deben hacer conocer sus pretensiones lo antes posible y, por lo tanto, no era admisible permitir a la recurrente beneficiarse de las lagunas, voluntarias o no, en la defensa de sus intereses frente al tribunal arbitral, ni siquiera si ello se debía a la necesidad de evitar sanciones, por ejemplo, por violación al derecho de la competencia. En esa línea, se sostenía que en ausencia de fraude la corte judicial no podía revisar lo resuelto por el tribunal arbitral ni siquiera cuando se alegara una cuestión de ley de policía.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), SA Thalès Air Défense vs. GIE Euromissile, del 18/11/2004. En términos similares, al rechazar reabrir el debate, confirmando lo resuelto por la cámara de apelaciones: Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, M. Schneider, 10-17.076, del 12/2/14. En favor de una revisión amplia cuando se alega un fraude y sin estar limitado al carácter flagrante, manifiesto y concreto de la contradicción con el orden público: SERAGLINI, Christophe y Jérôme ORTSCHIEDT. *Droit de l'arbitrage interne et international*. París: LGDJ, 2019, p. 995.

Puede verse, así, que lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en Alstom se aparta de la línea que previamente había seguido la jurisprudencia francesa en la materia, que sostenía un regreso a una revisión minimalista de lo resuelto en el laudo arbitral y de la facultad de analizar nuevos hechos.<sup>17</sup>

A su vez, en el derecho inglés, en el caso *Soleimany*, la corte judicial consideró que puede surgir una dificultad si los árbitros analizan la cuestión de la ilegalidad y concluyen que ella no se habría configurado. Sobre esta base, la corte judicial sostuvo que si *prima facie* existe evidencia de que el laudo está basado en un contrato ilegal, ella debería realizar una investigación al respecto.<sup>18</sup> Un criterio en cierto punto concordante fue adoptado por la corte de apelaciones de ese país en el caso *Westacre*, en el cual sostuvo que en casos en que se configuran circunstancias excepcionales, la corte no permitirá que una de las partes alegue una defensa de *estoppel* —es decir, se apoye en esa figura del derecho anglosajón que puede ser asimilada a lo que conocemos como la doctrina de los actos propios—.

Justamente, en el caso *Westacre*, la corte de apelaciones tuvo oportunidad de revisar un caso en el que la mayoría del tribunal arbitral había concluido que no se había acreditado que hubiera habido un acto de corrupción. Pedida la nulidad del laudo ante la corte judicial de la sede (Suiza), la recurrente modificó la línea argumental que había empleado ante el tribunal arbitral. El Tribunal Federal suizo sostuvo que por la naturaleza de la revisión el mismo solo podía basarse en hechos probados ante el tribunal arbitral. En la etapa de *exequatur* ante la justicia inglesa, la defensa también fue rechazada por su alegación tardía.<sup>19</sup>

Puede advertirse que la invocación por la parte recién en la instancia judicial es una cuestión debatida, con jurisdicciones como la suiza que están abiertamente en contra al menos como principio general, mientras que la jurisprudencia francesa parecería estar abriendo una línea en sentido contrario, poniendo de relieve que su función es analizar la conformidad (o no) del laudo con el orden público francés, más allá de la falta de alegación oportuna de la parte en el proceso arbitral. Esto último tendría sentido en aquellas jurisdicciones en las que el juzgador está legitimado para aplicar de oficio las leyes de orden público, y siempre y cuando se determine con precisión cuál es el umbral de revisión al cual habilita, lo que además se relaciona con el segundo grupo de causales de denegación del *exequatur* que la Convención de Nueva York regula en el artículo V.2, sobre las que nos abocamos en el punto siguiente.

Como veremos en § 10, la cuestión tratada en este capítulo provoca una tensión entre la finalidad (o cosa juzgada u obligatoriedad) del laudo y la aplicación oficiosa del orden público.

#### 4. ACTUACIÓN DE OFICIO DEL TRIBUNAL JUDICIAL

Tanto en Alstom como en *Sorelec*,<sup>20</sup> la Cámara de Apelaciones de París consideró —como ya vimos— que la eventual mala fe de la deudora en haber alegado la cuestión de corrupción recién en la instancia judicial resultaba indiferente, toda vez que lo que estaba en consideración era la negativa del orden jurídico francés a prestar el auxilio de los remedios jurídicos para el pago de sumas emergentes de una causa ilícita.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> KREINDLER, Richard. *Op. cit.*, p. 457 (quien refiere a los casos *Westman*, *Thales*, *Cytec* y *Schneider*, los que son citados a lo largo de este trabajo).

<sup>18</sup> *Soleimany vs. Soleimany*, [1999] QB 785.

<sup>19</sup> Sin embargo, como veremos más adelante en este trabajo (§ 9), los argumentos de la justicia inglesa podrían entrar en contradicción con los de la justicia suiza en cuanto al alcance de la revisión que cada una debía o podía llevar adelante.

<sup>20</sup> «Le respect de la conception française de l'ordre public international implique que le juge étatique chargé du contrôle puisse apprécier le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public international alors même qu'il n'a pas été invoqué devant les arbitres et que ceux-ci ne l'ont pas mis dans le débat».

<sup>21</sup> En el ámbito doctrinario, Derains ha sostenido que el tribunal arbitral puede aplicar el principio de orden público verdaderamente internacional (*truly international public policy*) por sobre el derecho elegido por las partes (DERAINS, Yves. *Op. cit.*, p. 17). Si el tribunal arbitral, cuya competencia está limitada a la misión que las partes le encomiendan, puede hacer esta aplicación, no sería congruente criticar que también pueda ejercerla una corte judicial.

Adicionalmente, en Sorelec, la corte judicial sostuvo que el juez estatal a cargo del control puede apreciar el agravio derivado de la contradicción con el orden público, aun cuando no hubiera sido invocado ni debatido ante los árbitros.

En una línea de razonamiento parecido, en el caso Westman, la Cámara de Apelaciones de París había sostenido que el juez de la anulación puede ejercer un control sobre la sentencia arbitral de modo de analizar todos los elementos que le permitan justificar o no la aplicación de la regla de orden público internacional y, en caso afirmativo, apreciar, en función de ella, la licitud del contrato; resolver lo contrario privaría al control judicial de toda eficacia y, por lo tanto, de su razón de ser.<sup>22</sup> Volveremos luego (en § 5.3.3.) sobre la influencia que en la actualidad tendría el criterio de revisión amplia.

Como anticipamos, el tema se relaciona con aquellos sistemas legales en los que la corte judicial puede aplicar de oficio la ley de orden público. Ello es trascendente, por un lado, toda vez que si bien la Convención de Nueva York tiene por finalidad la uniformización de las defensas contra el pedido de *exequatur*, la correspondiente al orden público está necesariamente ligada al foro del reconocimiento y la ejecución, pues es el orden público internacional del foro el que deberá ser contrastado con la decisión adoptada por el tribunal arbitral.<sup>23</sup>

Por otro lado, la propia Convención de Nueva York trata la causal de denegación por contradicción con el orden público en un apartado especial (V.2.), junto con la de inarbitrabilidad de la controversia, que también debe ser analizada conforme a la ley del foro del *exequatur*. La aplicación de estas dos causales no dependería, como las regidas por el artículo V.1., de petición y prueba de la parte interesada.<sup>24</sup> Ello respondería a que el referido literal 1 establece: «[s]olo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución [...]». Por su parte, el inciso 2 del artículo V dispone: «[t]ambién se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba [...]». Igual solución proveen los artículos 34 y 36 de la Ley de Modelo.

## 5. UMBRAL DE REVISIÓN

### 5.1. Principio general

Una posición ampliamente aceptada en el ámbito del arbitraje internacional es que la facultad revisora de la corte judicial, en el marco de una petición de nulidad o de una solicitud de reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral, está limitada a la revisión de ciertos aspectos taxativos, autorizados por la ley que regule uno u otro recurso. A título de ejemplo, la Convención de Nueva York enumera las causales de denegación del *exequatur*,<sup>25</sup> replicadas por la Ley Modelo Uncitral, que lista a su vez las causales de la petición de nulidad.<sup>26</sup> Sobre esa base, existe consenso en que la facultad revisora del

<sup>22</sup> Cámara de apelaciones de París, Chambre 1, Société European Gas Turbines SA vs. Société Westman International Ltd.), del 30/9/93.

<sup>23</sup> KREINDLER, Richard. *Op. cit.*, p. 436; RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2014, p. 967; BOZA DIBÓS, Beatriz. «Reconocimiento y ejecución en el Perú de laudos arbitrales extranjeros». En *Themis, Revista de Derecho*, 1990, vol. 16, p. 64; CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 384, 388 y 391; BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and practice*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016, p. 407, quien califica esta defensa como «escape device»; REDFERN y otros. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 641; PAULSSON, Marike. *Op. cit.*, p. 218; HOLTZMANN, Howard M. y Joseph E. NEUHAUS. *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1989, p. 1068; GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2004, p. 429.

<sup>24</sup> BORN, Gary B. BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 409; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Antonio RIGOZZI. *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 528/9; REDFERN y otros. *Op. cit.*, p. 641 (quienes aclaran que la aplicación de oficio se produce en algunas jurisdicciones); RIVERA, Julio César. *Op. cit.*, p. 967; CAIVANO, Roque J. y Natalia M. CEBALLOS RÍOS. *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2020, p. 940 (quienes indican que «la interpretación más extendida del art. v.2. de la Convención de Nueva York es que las causales del segundo grupo [...] pueden ser revisadas de oficio por el juez del *exequatur*»), GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Op. cit.*, p. 428.

<sup>25</sup> Artículo V.

<sup>26</sup> Cfr. artículos 34 y 36 de la Ley Modelo.

Poder Judicial no puede ejercerse respecto de aquellas cuestiones que involucren el análisis o la cuestión de fondo resuelta por los árbitros.<sup>27</sup>

A modo de ejemplo de la numerosa jurisprudencia que ha ratificado el criterio, en el caso Alstom, el tribunal de la sede (el Tribunal Federal suizo) concluyó que no podía rectificar o completar de oficio las constataciones de los árbitros, aun si los hechos hubieran sido determinados de manera manifiestamente inexacta o en violación al derecho aplicable, añadiendo que tampoco la corte judicial puede revisar la evaluación que el tribunal arbitral llevó a cabo sobre la prueba aportada al arbitraje.<sup>28</sup>

## 5.2. La excepción

Sin embargo, ese muy asentado principio del arbitraje internacional parece encontrarse con una excepción que va ganando terreno, cual es la necesidad de no convalidar laudos arbitrales cuando eso implicaría permitir la ejecución de un laudo que comprometa el orden público.<sup>29</sup> No obstante, y sin perjuicio de cuanto analizaremos a continuación —especialmente en el supuesto de la revisión amplia y su vigencia actual—, debe quedar claro que el punto de partida es que en ausencia de evidencias que *prima facie* demuestren que el laudo encubre, o lleva a la ejecución de un contrato ilícito, la corte judicial debería ejecutar el laudo arbitral.<sup>30</sup>

## 5.3. Las distintas posturas. Del minimalismo al maximalismo pasando por la interpretación contextual

### 5.3.1. La revisión minimalista. La importancia de la oportuna alegación de parte

La postura minimalista está resumida en la posición asumida por los tribunales inglés y suizo en el caso Alstom y por ciertos fallos franceses anteriores a la resolución de la Cámara de Apelaciones en Alstom —ver en § 2.1. y § 3, a donde remitimos—.

Bajo esta mirada, indudablemente prevaleciente en el ámbito del arbitraje internacional, no es función de la corte judicial revisar los hechos determinados ni la aplicación del derecho llevada a cabo por el tribunal arbitral.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> PAULSSON, Marike. *Op. cit.*, p. 166; RIVERA, Julio César. *Op. cit.*, p. 946; CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 314; BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 388; GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 142; BOZA DIBÓS, Beatriz. *Op. cit.*, p. 63; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Interferencia judicial en los arbitrajes*. Lima: Grjley, 2005, p. 273; INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA). *Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958*, ICCA, 2013, p. 81.

<sup>28</sup> ¶¶ 3.1. y 4.2.1.

<sup>29</sup> Ver LABORDE, Gustavo. *Op. cit.*, p. 12 y ss.; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 190; HWANG SC, Michael y Kevin LIM. «Corruption in arbitration - Law and reality». En *Asian International Arbitration Journal*, 2012, vol. 8, pp. 75 y 76.

<sup>30</sup> *High Court*, Alstom, ¶ 86; HWANG SC, Michael y Kevin LIM. *Op. cit.*, pp. 65, 66 y 75 y ss.

<sup>31</sup> A modo de síntesis de la numerosa jurisprudencia y doctrina que sostiene ese criterio, citamos a la Chambre commerciale Internationale, Pôle 5 - Chambre 16, SA T. vs. Société N., n.º RG 19/07261, del 3/6/2020 («Il en résulte que la sentence est effectivement motivée sur chacune des demandes ayant été formée par la société T. étant rappelé que d'une part, il n'entre pas dans la mission du juge de la validité de la sentence de contrôler le contenu de la motivation de la décision arbitrale, ni son caractère convaincant, mais seulement l'existence de celle-ci, et que d'autre part, les arbitres ne sont pas obligés de suivre les parties dans le détail de leur argumentation de sorte qu'ils n'ont pas méconnu leur mission en ne se prononçant pas sur la question des sanctions internationales et sur leur incidence sur l'exécution du contrat ayant considéré implicitement mais nécessairement que cet argument n'était ni pertinent, ni nécessaire à la solution du litige au regard de l'inexécution par la société T. de ses obligations autres que celles liées aux garanties financières»). Si bien en el caso Northrop, se hizo aplicación del principio general («a court ordinarily must defer to an arbitrator's legal as well as factual conclusions»), sobre el cual efectuó una excepción por estar en consideración el orden público («it should be stressed that the court undertakes de novo review only of that portion of the tribunal's decision which is alleged to be contrary to law and public policy» [...]) «In determining whether an arbitrator's award is contrary to law and public policy, the court is not constrained by the traditional deferential standard set forth in Enterprise Wheel. In Broadway Cab, the Ninth Circuit held that deference is unwarranted where an arbitrator's decision is challenged as violative of Supreme Court precedent. 710 F.2d at 1383. Judicial deference is similarly unwarranted where, as here, the public policy in question involves DOD regulations, a foreign government's decree, and a federal statute (the FCPA). Thus, I examine de novo the arbitrator's decision with respect to the alleged unenforceability of the Agreement on public policy grounds»).

Esta posición minimalista no desconoce que el laudo arbitral no debe contradecir el orden público. Sin embargo, por un lado, exige que la cuestión haya sido oportunamente planteada ante el tribunal arbitral<sup>32</sup> y, por otro lado, considera que al momento de determinar si el laudo arbitral incurre en ese defecto, la corte judicial debe limitarse a revisar si esa contradicción surge de lo resuelto en el laudo y no de los razonamientos que hubiera empleado el tribunal arbitral.<sup>33</sup>

### 5.3.2. *La interpretación contextualista. La evidencia prima facie o los indicios graves, precisos y concordantes*

En otro orden, se ha resuelto que en los casos en que exista *prima facie* una evidencia de que el laudo se basó en un contrato ilegal, la corte judicial debería realizar una investigación preliminar, la cual no debería ser plena (*full-scale*).<sup>34</sup>

Lo importante para esta postura es la existencia de evidencias que *prima facie* permitan advertir a la corte judicial la posible existencia de hechos de corrupción en relación con el contrato subyacente que el laudo manda a ejecutar.<sup>35</sup>

Un punto debatible es si esas evidencias deben provenir de antecedentes ya presentados ante el tribunal arbitral o pueden extraerse de elementos que la corte judicial permita añadir. En el primer supuesto estamos más cerca de esta posición contextualista. En el segundo, nos acercamos al segundo supuesto, que trataremos a continuación.

Una vez realizada la investigación preliminar, si la corte considerase que no debe dar crédito a lo resuelto por el tribunal arbitral, podrá realizar una investigación con mayor profundidad para determinar la cuestión de la ilegalidad.<sup>36</sup>

Una aplicación de este principio sería lo resuelto por la corte de casación francesa en el caso *Cytec*, en el que resolvió que a los fines de analizar la compatibilidad de la solución adoptada por el tribunal con el orden público internacional, el control se limita al carácter flagrante, efectivo y concreto de la violación alegada.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Así lo postula la recomendación 2(c) del Informe de la ILA.

<sup>33</sup> United States Federal Supreme Court, *United Paperworkers Int'l Union, AFL-CIO vs. Misco, Inc* n.º 86-651, 1/12/87, 484 U.S. 29; 1re Cour de droit civil (Suiza), *in re Mokgadi Caster Semenya contre International Association of Athletics Federation*, 4A\_248/2019, 29/7/19. Igual solución se adoptó la jurisprudencia francesa en los casos *Thales, Cytec and Société Européenne* —sin embargo, cabe preguntarse si esta doctrina judicial francesa sigue en pie luego del dictado de casos como *Sorelec* o si la doctrina *Alstom* de la corte de apelaciones de París sobreviviera luego de la revocación, por motivos distintos, que dispuso la corte de casación—. Sin embargo, en un fallo posterior a aquellos, como el dictado en el caso *État de Libye*, la Cámara de Apelaciones volvió a basarse en la comparación entre la parte resolutive y el orden público supuestamente afectado —aun cuando hizo referencia a que ello se enmarcaba en una discusión de competencia—: «S'agissant d'une sentence statuant uniquement sur la compétence, et non sur le fond, le contrôle du juge porte uniquement sur les conséquences que l'exécution de cette sentence pourrait avoir au regard de la conception française de l'ordre public international lié à l'exercice de ladite compétence, c'est-à-dire la tenue du tribunal arbitral pour trancher le litige au fond opposant les parties». En rigor, la corte francesa fue un paso más hacia allá, pues no tomó en consideración la parte resolutive del laudo, sino en las consecuencias de su ejecución. No se trata de una doctrina novedosa: ya la corte de casación francesa en el caso *Cytec* (4/6/08) había resuelto que el análisis sobre la aplicación del orden público internacional se hace concretamente sobre los aspectos de la demanda que progresan en el laudo, en virtud del principio de apreciación concreta del orden público internacional.

<sup>34</sup> *High Court, Alstom*, ¶ 99; En la misma dirección: HWANG SC, Michael y Kevin LIM. *Op. cit.*, p. 65 y ss.; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, p. 433.

<sup>35</sup> Los tribunales franceses que han admitido revisar el laudo por la posibilidad de que encubriera un contrato viciado de corrupción consideraron la existencia de un «faïceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants», mientras que los tribunales ingleses refirieron a «prima facie evidence».

<sup>36</sup> HWANG SC, Michael y Kevin LIM. *Op. cit.*, p. 66, quien se apoya en el *obiter dictum* del caso *Soleimany*.

<sup>37</sup> Con posterioridad a este fallo, la jurisprudencia francesa había eliminado el requisito de flagrancia, reemplazándolo por violación «manifeste» del orden público internacional (cfr. SERAGLINI, Christophe y Jérôme ORTSCHIEDT. *Op. cit.*, pp. 995/7). Sin embargo, se ha cuestionado ese cambio por considerar que no es claro (LABORDE, Gustavo. *Op. cit.*, p. 8) y que la diferencia entre manifiesto y flagrante no es flagrante ni manifiesta (SERAGLINI, Christophe y Jérôme ORTSCHIEDT. *Op. cit.*, p. 997).



### 5.3.3 La revisión amplia

La facultad revisora amplia se fundamenta sobre la posible configuración de una supuesta ilicitud y sostiene que la finalidad del control del juez de la anulación es propia y, por lo tanto, diferente a la del tribunal arbitral.

De este modo, aun cuando se dice respetar el principio de no revisión del laudo, la corte judicial podría considerar, sobre la base del conjunto de hechos que le son alegados, si existen indicios con virtualidad para caracterizar el acto ilegal.<sup>38</sup>

Lo central en este tipo de revisión es que los jueces pueden reexaminar tanto las cuestiones de hecho como de derecho a profundidad.<sup>39</sup>

En lo que respecta a la prueba, conforme a esta posición, la corte judicial tendría la facultad de examinar toda la prueba disponible en detalle, tanto la que pudo haber sido aportada durante el arbitraje, pero se decidió no hacerlo, y su ponderación no está limitada por lo resuelto por el tribunal arbitral.<sup>40</sup>

A favor de la revisión amplia encontramos la decisión adoptada por la corte de casación francesa en el famoso caso *Plateau des Pyramides*, bien que hizo referencia al análisis de los antecedentes vinculados a los vicios alegados en los términos de la normativa procesal francesa aplicable.<sup>41</sup>

También en esta dirección se hallaría lo dispuesto por el informe de la IILA, en cuanto recomendación que se permita a la corte judicial realizar un nuevo análisis de los hechos si a través de una simple revisión no puede establecer si ha mediado una violación del orden público invocado, mas esa constatación se obtendría a través de un análisis de los hechos del caso.<sup>42</sup>

Si bien en un momento se consideró que la revisión amplia estaría siendo dejada de lado, sobre la base de los criterios adoptados en los ya mencionados casos *Thales* y *M. Schneider*<sup>43</sup> los casos de *Sorelec* y *Alstom* (si su doctrina fuese ratificada finalmente) podrían poner en duda esa afirmación. Así, en el caso *Sorelec*, la corte francesa sostuvo, además de lo dicho en § 4 en cuanto a que no resultaba un obstáculo para su análisis que la cuestión no hubiera sido alegada ni debatida ante el tribunal arbitral, que ella tenía la facultad de buscar en el derecho y en los hechos todos los elementos que le permitieran pronunciarse sobre la ilicitud alegada y así apreciar si el laudo viola de manera manifiesta, efectiva y concreta el orden público internacional.

Para agregar más complejidad aún al tema, bien que respecto de un laudo que resolvió exclusivamente sobre la cuestión de jurisdicción, en el caso *État de Libye*, la Cámara de Apelaciones de París rehusó revisar el laudo sobre la base de la alegación de corrupción denunciada por Libia para así decidir. La corte judicial entendió que Libia, bajo el pretexto de acusar ausencia de motivación, en

<sup>38</sup> Cfr. Cámara de Apelaciones de París, *Sorelec*.

<sup>39</sup> Cámara de Apelaciones de París, *Westman* y *Sorelec*. En la doctrina, ver HWANG SC, Michael y Kevin LIM. *Op. cit.*, pp. 59/60 (quien refiere al caso *Westman*, que ya hemos citado en la nota al pie 22).

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> «Mais attendu que, si la mission de la cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ; qu'en particulier, il lui appartient d'interpréter le contrat pour apprécier elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ; que le moyen n'est donc pas fondé» (Cour de cassation, Chambre civile I, 84-17.274, del 6/1/87). En sentido concordante con la revisión amplia, (i) US District Court for the Central District of California, *Northrop Corp. vs. Triad Financial Establishment*, 593 F. Supp. 928, del 4/9/1984 y (ii) en la doctrina: SERAGLINI, Christophe y Jérôme ORTSCHIEDT. *Op. cit.*, pp. 1001/2.

<sup>42</sup> INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Op. cit.*, recomendación 3(c).

<sup>43</sup> HWANG SC, Michael y Kevin LIM. *Op. cit.*, p. 63. Cabe aclarar que el artículo de Hwang es anterior a las resoluciones dictadas en los casos *Alstom* y *Sorelec*.



rigor, estaba cuestionando la suficiencia de la motivación empleada por los árbitros, cuestión que la corte judicial no podía revisar.<sup>44</sup> ¿Un paso atrás respecto de la doctrina Sorelec y Alstom?

Como puede advertirse, existe una variedad de posiciones que va desde la revisión minimalista hasta la revisión amplia, pasando por una situación intermedia que busca apoyarse en la existencia de evidencias *prima facie* o de indicios graves, precisos y concordantes.

A modo de resumen, advertimos la tensión que se produce entre la revisión minimalista, que exige a la parte interesada alegar oportunamente la cuestión de orden público e incluso la posición contextualista (por no apoyarnos ya en el extremo de la revisión maximalista), que permite tomar en consideración la existencia de indicios, teniendo en cuenta que el carácter de oculto de los casos de corrupción impide la obtención de pruebas directas,<sup>45</sup> sin que haga énfasis en la necesidad de previa alegación de la cuestión ante el tribunal arbitral.

## 6. PRUEBAS ADMISIBLES

### 6.1. En cuanto a la oportunidad de su producción

Un punto de gran importancia es determinar si la parte que impulsa la petición de nulidad o resiste el reconocimiento y ejecución del laudo puede aportar nuevas pruebas ante el tribunal judicial, es decir, evidencias que no produjo durante el proceso arbitral.

Por un lado, en el caso Westacre, la corte de apelaciones inglesa rechazó la admisibilidad de nuevas pruebas (*fresh evidence*). No obstante esa negativa, la corte judicial consideró cuáles serían los presupuestos para que se admitiera nueva prueba en un caso concreto de un laudo obtenido mediante fraude: (a) que esa prueba no hubiera estado disponible al momento de la audiencia de mérito en el proceso arbitral; y, (b) que el fraude alegado consista en la falsa declaración de los testigos ante el tribunal arbitral y la nueva prueba sea decisiva.

Sin embargo, en dicho caso se prefirió no expresar una opinión concluyente sobre si para revisar un laudo debería ser condición previa que las nuevas pruebas no hayan estado disponibles antes de la expiración del plazo para presentar la solicitud ante el tribunal local.

Por su parte, en el caso Alstom, el Tribunal Federal suizo hizo referencia a la excepcionalidad de aportar nuevas pruebas en el proceso civil, dejando así abierta una posibilidad, que aplicaría a casos excepcionales.

La cámara de apelaciones de París consideró viable reabrir el debate y permitir la aportación de nueva prueba, aunque también hizo mención a la aplicación de los principios procesales vigentes.<sup>46</sup> Como ya dijimos, fue por esta decisión, es decir, el análisis de nueva evidencia, que la corte de casación revocó la sentencia de la corte de apelaciones. Queda pendiente, pues, que la jurisprudencia francesa clarifique la cuestión.

Aun con ese debate todavía abierto puede concluirse, mínimamente, que será la corte de la petición de nulidad o del *exequatur* la que decida la cuestión sobre la admisibilidad o no de la nueva evidencia. Si se propicia la respuesta afirmativa en cuanto a la aportación de nueva prueba, sería razonable sostener que su admisibilidad dependerá de que se trate de prueba que no hubiera estado disponible para la parte que obró sin culpa al respecto, proponiéndose como criterio aplicable que si esa evidencia es realmente nueva no hay razón para rechazar su aplicación.<sup>47</sup> Sin embargo, este criterio

<sup>44</sup> «Il ressort de cette critique que sous couvert de l'absence de motivation, l'État de Libye entend en réalité contester la suffisance de celle-ci et donc sa pertinence, ce que la cour ne peut contrôler».

<sup>45</sup> Corte de Casación de París, Alstom, que hace referencia a un conjunto de indicios (*un faisceau d'indices*).

<sup>46</sup> En el ya mencionado caso Alstom.

<sup>47</sup> KREINDLER, Richard. *Op. cit.*, p. 459.

podría colisionar con la posición asumida por la Cámara de Apelaciones de París en los casos *Sorelec* y *Alstom*, en el sentido de que lo que está en debate es el auxilio del derecho francés para la ejecución de un laudo que encubre un caso de corrupción, frente a lo cual sería indiferente la posición procesal asumida por cada parte.

Esta cuestión genera una nueva tensión, que se relaciona con principios generales de la teoría recursiva, como son la naturaleza misma del recurso y a la tramitación de los procedimientos judiciales.

En efecto, si el recurso tiene por finalidad revisar lo resuelto por la instancia anterior, es lógico tomar como punto de partida que el primer tribunal interviniente resolvió u omitió resolver una pretensión determinada sobre la base de alegaciones concretas y de una determinación de la prueba. La alegación de la cuestión de orden público recién por primera vez en la instancia judicial rompe este esquema, pues al así procederse la corte judicial deberá ya no revisar si el laudo incurrió en alguna causal de nulidad o de denegación del *exequatur*, sino en ponderar, de una manera más amplia, si se configura una contradicción entre lo resuelto en el laudo y el orden público. Pero la cuestión va más allá de ponderar *de novo* la cuestión, porque también se pretende la reapertura del debate en cuanto a los hechos alegados como a la prueba producida.

Haciendo referencia al recurso, cabe prestar atención a la tramitación de los procedimientos judiciales, pues ello genera una nueva tensión. Hay jurisdicciones en las que la estructura legal del recurso de nulidad no admite una instancia de incorporación de nueva prueba. Ciertamente, esta limitación podría ser superada mediante el dictado de una medida para mejor proveer que ordene la corte judicial; sin embargo, una medida de ese tipo, como es sabido, no puede suplir la carga de la prueba de la parte interesada. La cuestión no es menor, pues aun bajo la interpretación contextual existiría la posibilidad de realizar una mayor indagación en cuanto a si el laudo contradice o no el orden público. Se producirá, entonces, una tensión entre el origen de la aportación de la prueba, de modo de delimitar si la corte judicial deberá limitarse a analizar evidencia ya producida ante el tribunal arbitral o si podrá autorizar la incorporación de nuevas pruebas.

## 6.2. En cuanto a su fuerza de convicción

Sobre qué pruebas puede desplegar su tarea la corte judicial es una cuestión que despierta interés en el caso de contratos ilícitos o que encubren corrupción.

Los tribunales han sido consistentes en considerar que en tanto los actos de corrupción se desarrollan de manera oculta, la corte puede apoyarse en indicios, tanto para disponer la reapertura del debate como para adoptar la decisión final.

## 7. LA CARGA DE LA PRUEBA

¿El tribunal arbitral y la corte judicial aplican los mismos estándares sobre carga de la prueba para analizar la transgresión del orden público (por ejemplo, para tener por acreditado que se configura un caso de corrupción)?

Partimos del principio que, de acuerdo con el ya transcripto artículo V.1. de la Convención de Nueva York, la carga de la prueba pesa sobre el demandado en el *exequatur*.<sup>48</sup> Ninguna duda cabe de que en el caso de la petición de nulidad la carga de la prueba recae sobre quien interpone ese recurso.

Sin embargo, el tribunal arbitral y la corte judicial se rigen por leyes distintas y, por lo tanto, diferentes pueden ser las conclusiones a las que lleguen sobre la determinación de los hechos. Por un lado, el tribunal arbitral está sujeto a ley de la sede (*lex arbitri*), mientras que la corte judicial del *exequatur*

<sup>48</sup> PAULSSON, Marike. *Op. cit.*, p. 170, quien la califica como una carga pesada (*heavy burdens*); INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA). *Op. cit.*, pp. 16 y 82.

debe aplicar sus principios procesales, bien que bajo las condiciones que establece la Convención de Nueva York, que prohíbe la imposición de condiciones *apreciablemente* más gravosos que para la ejecución de una sentencia local.<sup>49</sup> Aquí se produce, entonces, una nueva tensión debido a las conclusiones que cada uno de estos tribunales podría obtener de la prueba producida para determinar los hechos del caso. Piénsese, por ejemplo, en las diferencias que existen entre el *civil law* y el *common law* en materia de producción de documentos o de apreciación de la prueba testimonial, solo para mencionar algunas.<sup>50</sup>

Tanto en Alstom como en Sorelec, la Cámara de Apelaciones de París consideró que la ausencia de evidencia de la prestación de servicios o de la negociación del protocolo —respectivamente— podía ser un indicio de que el contrato encubría la consecución de corrupción. La doctrina, al comentar estos casos, ha considerado que consideraciones de este tipo no invierten la carga de la prueba teniendo en cuenta que se trata de indicios analizados junto a un conjunto de elementos en su totalidad, entre los que la Cámara destacó la existencia de otros indicios.<sup>51</sup>

## 8. ATRIBUCIONES Y DETERMINACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INVOLUCRADO

Un punto interesante para analizar es la trascendencia que tendría la sede del proceso arbitral. Ello se debe a distintas razones, que desarrollamos a continuación.

### 8.1. *Las atribuciones que corresponden al tribunal arbitral y a la corte judicial*

El tribunal arbitral está sujeto a la ley de la sede y a la ley que rige el contrato. Sin embargo, la corte judicial del *exequatur* debe tomar en consideración el orden público internacional de su foro, como ya vimos. En efecto, a diferencia de la corte judicial, el tribunal arbitral no es un órgano de un Estado y, por lo tanto, en principio no estaría sujeto a un orden público distinto del que pudiera resultar de la ley aplicable al contrato en disputa o de la ley de la sede.<sup>52</sup>

En otras palabras, para el tribunal arbitral no existe una vinculación jerárquica entre el contrato subyacente y un derecho estatal específico; contrariamente, solo aplicará la ley tenida en cuenta por las partes y dentro de los límites de esa previsión. El árbitro no puede actuar como si fuera un guardián de normas de orden público o del derecho aplicable según la elección de las partes, ni siquiera en nombre del orden público realmente internacional.<sup>53</sup>

Por eso, como anticipamos en la nota al pie 2 de este trabajo, hay una diferencia importante en el análisis que hace el tribunal arbitral y el que realiza el órgano judicial del *exequatur*, lo que también permite distinguir el alcance de la revisión judicial cuando se pide la nulidad del laudo doméstico, por un lado, o se solicita el rechazo del *exequatur* del laudo extranjero, por otro (lo que también anticipamos en la nota al pie 2 de este trabajo).

<sup>49</sup> Artículo III: «[c]ada uno de los Estados contratantes reconocer. la autoridad de la sentencia arbitral y conceder. su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales».

<sup>50</sup> A modo de muy somera síntesis sobre esas diferencias, ver: DERAIS, Yves. «La neutralidad cultural del árbitro internacional». En *Lima Arbitration*, 2007, n.º 2, pp. 17/8.

<sup>51</sup> LABORDE, Gustavo. *Op. cit.*, p. 9.

<sup>52</sup> BERMAN, George A. «The Origin and Operation of Mandatory Rules». En BERMAN, George A. y Loukas A. MISTELIS. *Mandatory Rules in International Arbitration*. Nueva York: Juris, 2011, pp. 5/8. Sin embargo, el propio autor reconoce que no puede descartarse que el tribunal arbitral deba aplicar una norma de orden público que no perteneciera a la sede del proceso arbitral ni al derecho aplicable al conflicto. Los puntos en debate al respecto serían cuál es el nexo entre el tribunal arbitral y el proceso arbitral, por un lado, y el foro al cual pertenecería esa ley de orden público, por otro, y cuán obligado estaría el tribunal arbitral por esa norma. Por nuestra parte, añadimos que la distinción entre una norma de orden público y una ley de policía podría ser sustancial a estos fines.

<sup>53</sup> DERAIS, Yves. «La neutralidad cultural del árbitro internacional». *Op. cit.*, pp. 15, 17 y 18.

Esta cuestión se enmarca en la primera tensión que invocamos, la que coloca al tribunal entre el dilema de respetar la misión que le fue encomendada por las partes y la que resulta de la aplicación oficiosa del orden público para resolver el conflicto. Específicamente, en esta oportunidad se proyecta como una tensión entre lo que es la competencia del tribunal arbitral y las facultades del órgano judicial, que es parte de un sistema nacional que responde a una *lex fori*, de la que carece el tribunal arbitral, sin que la *lex arbitri* pueda ser asimilada a aquella.

Sobre esta diferencia de competencias puede notarse la distinta apreciación que hicieron en el caso Alstom los jueces ingleses<sup>54</sup> y suizos, por un lado, y los jueces franceses, por el otro, ya que los primeros dieron importancia, entre otros argumentos, al hecho de que bajo la ley suiza que los gobernaba los contratos no eran en sí ilícitos.

En definitiva, el orden público internacional del juez del *exequatur* podría no ser el del derecho que gobierna el contrato subyacente ni es el de la ley de la sede, salvo —claro está— que se produzca la situación advertida por la corte de apelaciones inglesa en el caso Lemenda, en el que los principios de orden público del juez del *exequatur* podrían coincidir con los del país de ejecución del contrato. Esa diferencia puede generar que el tribunal arbitral, por un lado y la corte judicial, por el otro, tengan distintos ámbitos de competencia y atribuciones.

## 8.2. ¿Cuál orden público? (i) La ley de ejecución del contrato

La doctrina refiere al orden público verdaderamente internacional, que sería el que el tribunal arbitral podría aplicar de oficio aun por sobre el derecho elegido por las partes.<sup>55</sup> Sin embargo, la corte judicial no está llamada a aplicar el orden público verdaderamente internacional, sino el orden público internacional de su foro.

Puede notarse, en ese sentido, lo siguiente: si estamos en presencia de un principio de orden público internacional, como la lucha contra la corrupción, ¿podría tomarse en consideración la ley de orden público del lugar de ejecución del contrato, donde el acto de corrupción habría tenido lugar?

La cuestión fue advertida por la Cámara de Apelaciones de París en el caso Alstom, donde notó que los actos presuntamente corruptos habían ocurrido en China, mientras que la sede del arbitraje había sido Suiza y el derecho aplicable al contrato era el suizo.

Como vimos, el tema también fue analizado por los tribunales ingleses en el caso Lemenda. La tensión pasa por analizar si además de la ley que gobierna el contrato y la ley de la sede, el tribunal arbitral debe tomar en consideración la ley, distinta, del lugar de la ejecución del contrato. La misma pregunta recae sobre la corte judicial. La problemática de la lucha contra la corrupción parece claramente encuadrar como un supuesto de verdadero orden público internacional. Sin embargo, si bien el tribunal arbitral podría estar obligado a aplicar ese orden público, la corte judicial debe aplicar el de su foro, que podría no coincidir con el del lugar de ejecución del contrato. A lo que se añade, como resolvieron los tribunales ingleses en el caso Lemenda, que la corte judicial sobreprotege su propio orden público.

Se genera así una tensión entre la ley que resulta aplicable y la existencia de indicios de actos de corrupción, siendo que la primera podría ser más favorable a reconocer la validez de contratos como los de intermediación, por lo que la prueba de la corrupción debería ser clara, mientras que en el segundo país se produjo el hecho corrupto, siempre limitado en cuanto a la posibilidad de encontrar evidencias directas de su comisión. Frente a ello, los tribunales se encuentran ante el dilema de ajustarse a la ley aplicable, sea la elegida por las partes (para el tribunal arbitral) o sea la de su foro (para la corte judicial), cuando a la vez existirían indicios de la comisión de un hecho que, sin duda, en la

<sup>54</sup> El mismo criterio sostuvieron en Westacre, ¶ 21.

<sup>55</sup> Cfr. el trabajo de Derains citado en la nota al pie 22.

actualidad atenta contra el orden público internacional, que por su propia naturaleza no depende de ninguna ley estatal.

La inclinación del tribunal o de la corte por sancionar el acto corrupto según la ley del lugar de ejecución del contrato podría llevar a apartarlos de las leyes que rigen sus respectivas misiones, como son la ley elegida por las partes y la ley del foro. Lo contrario, sin embargo, implicaría convalidar la posible comisión de actos corruptos y darles ejecución, lo que resulta chocante con la función de cualquier tribunal.

### 8.3. ¿Cuál orden público? (ii) *El orden público del país del exequatur*

Al momento de emitir su decisión, el tribunal arbitral solo tiene certeza de cuál es el derecho elegido por las partes y cuál el del lugar de la ejecución del contrato. No tiene certeza, en cambio, sobre cuál sería el del foro del *exequatur*, al menos como principio general. Es decir que a la limitación inicial que le fija a su misión el hecho de que las partes le someten a resolución un determinado conflicto sujeto a un derecho individualizado se suma otra, de índole práctica, cual es la falta de certeza sobre el lugar del *exequatur*. Ello llevaría a que el tribunal podría tener que evaluar si toma en consideración una norma o principio de orden público que se apartaría del derecho escogido por las partes, pero sin certeza que aquel fuese finalmente aplicable al caso, pues ello dependerá del foro en el que tramite el *exequatur*. Una tercera limitación se añade: el tribunal arbitral tiene la obligación de dictar un laudo ejecutable. Finalmente, se alza una cuarta limitación: el tribunal arbitral no está vinculado a una *lex fori*.

En cambio, la corte judicial del *exequatur* aplica la ley o el principio de orden público internacional de su país, sobre lo que obviamente tiene certeza desde el comienzo de su actuación. A ello se añade que su función no es en sí dictar una sentencia ejecutable, sino una que sea justa.

## 9. LA IMPORTANCIA DE LA SEDE

Por otro lado, cabe ponderar la importancia que cabría asignar a la resolución adoptada por el tribunal judicial de la sede.

La cuestión fue tratada por los tribunales brasileños que en el caso de un proceso arbitral con sede en los Estados Unidos de América, sobre el que se discutió en sede judicial acerca de la imparcialidad (o parcialidad) del árbitro, resolvieron dar prevalencia a la resolución adoptada por la corte judicial de la sede que rechazó la petición de nulidad.<sup>56</sup>

Esta temática fue advertida por la cámara de apelaciones inglesa en el caso Alstom, al interrogarse sobre qué actitud debía tomar frente a una determinación de hechos realizada por una corte de otro país o por un tribunal elegido por las partes (como era el caso).

Con lógica, la corte concluyó, en primer lugar, que debía tener una actitud cauta a la hora de determinar si los hechos considerados por una corte o tribunal de otra jurisdicción eran equivalentes a los planteados ante la misma corte, toda vez que aquel procedimiento estuvo regido por un procedimiento distinto. Continuó diciendo que la aplicación de diferentes procedimientos y de reglas sobre carga de la prueba puede llevar a poner en tela de juicio que existe identidad entre los hechos acreditados en uno y otro procedimiento. A título de ejemplo menciona el caso en que la ley aplicable exige una certeza del 99 % para tener por configurado un caso de corrupción, mientras que el tribunal tiene acreditado solo acreditado el 60 %. La corte concluyó que este escenario es uno sumamente incómodo, más aún cuando puede llevar al tribunal arbitral a rechazar la defensa basada en la corrupción del contrato subyacente sin entrar en un análisis detallado de las pruebas.

<sup>56</sup> Proceso: Sec. 0278872-37.2013.3.00.0000 Ex. 2013/0278872-5, del 19/4/2107.

Sin embargo, la situación podría dar lugar a otra tensión, cual es un conflicto de leyes. Ya vimos que en el caso *Alstom*, la corte inglesa hizo referencia a que la cuestión de la ilicitud del contrato no había sido alegada ante la justicia de la sede cuando, a la vez, la justicia suiza (sede del arbitraje) negó la posibilidad, en el caso concreto, de que se aportara argumentos nuevos respecto de los invocados en el proceso arbitral.<sup>57</sup> Se ve así cómo se provoca una tensión entre la corte del *exequatur*, que atribuye a la corte de la sede cierta competencia o facultad, que esta manifiesta no poder ejercer.

## 10. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA TENSIÓN ENTRE LA COSA JUZGADA EMANADA DEL LAUDO Y LA PROTECCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Como han destacado tanto los tribunales como los doctrinarios, existe una tensión entre el orden público internacional que es favorable el reconocimiento y la ejecución del laudo, y el orden público internacional que sustenta la alegación de una defensa sobre la base de corrupción.<sup>58</sup>

Ante esa disyuntiva, se señala que la finalidad de los laudos debe ser respetada, salvo supuestos excepcionales,<sup>59</sup> y tomando en consideración que la restricción en la aplicación del orden público al laudo no debería implicar una eventual erosión o desconocimiento de la noción de orden público.<sup>60</sup>

Sea cual fuere la mejor solución que adoptar, debe tomarse en consideración que solo un desconocimiento concreto del principio de orden público internacional puede servir de base para que la corte judicial realice una revisión, por lo que cabría descartar que un mero error en la aplicación del derecho o su incorrecta interpretación no debería dar lugar a esa revisión.<sup>61</sup>

## 11. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDEL WAHAB, Mohamed S. «Cultural Globalization and Public Policy: Exclusion of Foreign Law in the Global Village». En *Law and Sociology, Current Legal Issues*, 2005, vol. 8.

BERMANN, George A. «The Origin and Operation of Mandatory Rules». En BERMANN, George A. y Loukas A. MISTELIS. *Mandatory Rules in International Arbitration*. Nueva York: Juris, 2011.

BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and practice*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

BOZA DIBÓS, Beatriz. «Reconocimiento y ejecución en el Perú de laudos arbitrales extranjeros». En *Thémis, Revista de Derecho*, 1990, vol. 16.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «“No cometerás actos impuros”: el orden público y el control judicial del laudo arbitral». En *Thémis, Revista de Derecho*, 2013, vol. 63.

CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

CAIVANO, Roque J. y Natalia M. CEBALLOS RÍOS. *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2020.

DERAINS, Yves. «La neutralidad cultural del árbitro internacional». En *Lima Arbitration*, 2007, n.º 2.

<sup>57</sup> También en el caso *Westacre*, los tribunales ingleses hicieron mérito de la ausencia de alegación de la supuesta ilicitud ante la corte suiza revisora, como sede del arbitraje (§ 64). La explicación radica en que en lo que hace al orden público las cortes inglesas se preocupan por la integridad de su propio sistema y en que su poder de decisión no sea abusado.

<sup>58</sup> *High Court, Alstom*; GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, p. 431; KREINDLER, Richard. *Op. cit.*, p. 473.

<sup>59</sup> Recomendación 1(a) del Informe de la ILA: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, p. 433.

<sup>60</sup> ABDEL WAHAB, Mohamed S. «Cultural Globalization and Public Policy: Exclusion of Foreign Law in the Global Village». En *Law and Sociology, Current Legal Issues*, 2005, vol. 8, p. 361.

<sup>61</sup> RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l'arbitrage*, París: Thémis, 2017, p. 600; INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA). *Op. cit.*, pp. 113/4.

DERAINS, Yves. «The ICC arbitral process. Part VIII. Choice of the law applicable to the contract and international arbitration». En *The ICC International court of arbitration bulletin*, mayo 1995, n.º 1, vol 6.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2004.

GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

HOLTSMANN, Howard M. y Joseph E. NEUHAUS. *A guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1989.

HWANG SC, Michael y Kevin LIM. «Corruption in arbitration - Law and reality». En *Asian International Arbitration Journal*, 2012, vol. 8.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA). *Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958*, ICCA, 2013.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Final Report on Public Policy*. Nueva Delhi, 2002.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle y Antonio RIGOZZI. *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

KREINDLER, Richard. *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*. Hague: Hague Academy International Law, 2013.

LABORDE, Gustavo. «Awards Masking Corruption: How French Courts Lead the Way». En *CEA Journal of LA*, junio 2021.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Interferencia judicial en los arbitrajes*. Lima: Grijley, 2005.

PAULSSON, Marike. *The 1958 New York Convention in Action*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016.

RACINE, Jean-Baptiste. *Droit de l'arbitrage*, París: Thémis, 2017.

REDFERN y otros. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

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

SERAGLINI, Christophe y Jérôme ORTSCHIEDT. *Droit de l'arbitrage interne et international*. París: LGDJ, 2019.





## DEMARCANDO FRONTERAS: LOS LÍMITES DEL LAUDO

Mario Castillo Freyre\*

Verónica Rosas Berastain\*\*

Massiel Silva-Santisteban Amésquita\*\*\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Planteamiento del problema: descripción del supuesto de hecho y de las posiciones de la Administración y del administrado.— 3. Presupuesto conceptual: los efectos del laudo y sus límites. Como regla un laudo no resulta oponible a terceros.— 4. Aplicando los presupuestos conceptuales del arbitraje: la posición de la Administración no resistía el menor análisis.— 4.1. El laudo internacional únicamente es oponible a quienes han sido parte en el convenio arbitral y en el arbitraje internacional.— 4.1.1. El Contratante B no fue parte del convenio arbitral al amparo del cual se desarrolló el arbitraje internacional.— 4.1.2. El Contratante B no participó ni fue llamado a participar en el arbitraje internacional ni como parte ni como tercero.— 4.1.3. La controversia objeto del arbitraje se restringió a la relación interna del Contrato A.— 4.1.4. La parte resolutive del laudo internacional no afecta a sujetos distintos al administrado y el Contratante A.— 4.1.5. El laudo internacional no es oponible al Contratante B por lo que, en función de ese laudo, el administrado no puede exigir el pago de mayores ingresos por concepto de precio ya pagado o por pagar.— 4.2. Consideraciones adicionales en torno a la errada posición de la administración tributaria.— 5. Conclusiones.— 6. Bibliografía.

### 1. INTRODUCCIÓN

Una de las grandes fuentes de los trabajos académicos es el ejercicio de la profesión. Ello, pues es en la práctica que los hombres y mujeres de derecho, en no pocas ocasiones, nos encontramos con situaciones que sobrepasan nuestra imaginación. Precisamente, el artículo que hoy compartimos nace de una suerte de «caso de laboratorio» con el que nos topamos hace algunos años.

Lo interesante de este caso es que, al margen de la complejidad del supuesto de hecho que lo sustenta, lo más llamativo es que pone de manifiesto que en algunas ocasiones la administración tributaria, en su afán de cumplir con su función e impedir potenciales evasiones de impuestos, termina siendo demasiado «creativa», al punto de transgredir los límites de las instituciones sobre las que pretende sustentarse.

Es así que la posición «creativa» asumida por la administración tributaria, en el supuesto que es objeto de este trabajo, pretendía cuestionar la base imponible del Impuesto a la Renta de un administrado, alegando que lo decidido en el laudo internacional por el que se resolvió la controversia que ese administrado tenía con un contratante también era oponible en una relación contractual que mantenía

---

\* Magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado en ejercicio. Socio fundador del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Miembro de número y miembro del consejo directivo de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde dicta el curso Derecho de las Obligaciones. 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).

\*\* Socia sénior del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Máster en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca. Egresada de la Maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

\*\*\* Socia del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

con un sujeto que califica como tercero respecto de ese arbitraje. Como parte de su fundamentación, la administración invocaba el principio jurídico del *collateral estoppel*.

Como demostraremos en las siguientes páginas, la posición de la administración tributaria no podía ni debía ser aceptada, pues el hacerlo habría supuesto transgredir la manera en que opera el derecho arbitral peruano. Además, pondremos en evidencia que, en estricto, su posición tampoco se condecía con la doctrina que invocaba.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: DESCRIPCIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO Y DE LAS POSICIONES DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL ADMINISTRADO**

De manera sucinta, y sin entrar a los detalles sobre los hechos del caso concreto que inspira nuestro artículo, resulta necesario identificar los aspectos esenciales de la situación que originó que la administración tributaria delineara la postura que cuestionamos.

En tal sentido, y con un afán esquemático, podemos identificar las siguientes premisas fácticas sobre las que efectuaremos la respectiva valoración jurídica:

- i. El administrado es parte en dos contratos distintos: el Contrato A y el Contrato B.
- ii. En cada contrato, la contraparte del administrado es un contratante independiente.
- iii. En el Contrato A, su contraparte es el Contratante A.
- iv. En el Contrato B, su contraparte es el Contratante B.
- v. Las partes de cada contrato acordaron que sus controversias se resolverían mediante arbitraje. El convenio arbitral del Contrato A no hacía referencia al Contrato B ni el convenio arbitral de este último hacía referencia al Contrato A.
- vi. Según lo precisado en el convenio arbitral del Contrato A, el arbitraje sería internacional.
- vii. En la ejecución del Contrato A surgieron conflictos entre el administrado y el Contratante A, por lo que, invocando el convenio arbitral de dicho contrato, se inició un arbitraje que derivó en la emisión del laudo internacional.
- viii. El Contratante B no participó ni fue llamado a participar en el arbitraje internacional como parte ni como tercero.
- ix. En la parte resolutive del laudo internacional se delimitó la obligación de la que era deudor el administrado a favor del Contratante A.
- x. Una de las cláusulas del Contrato B se remite a una cláusula del Contrato A, cuyos alcances fueron delimitados por el tribunal arbitral. La administración tributaria, luego de tomar conocimiento del laudo internacional, consideró que lo resuelto en dicha decisión arbitral también era aplicable a la relación contractual entre el administrado y el Contratante B.
- xi. Partiendo de esa premisa, la administración tributaria considera que el administrado tiene derecho a que el Contratante B le pague más de lo que le habría pagado, dado que correspondía aplicar la interpretación que había sido determinada en el laudo internacional.

La administración alega que, en atención al principio jurídico del *collateral estoppel*, de aplicación a los laudos internacionales, el administrado, quien fue parte del proceso arbitral en el que se emitió ese laudo, no puede desconocer de modo alguno sus efectos en su relación contractual con el Contratante B. Es así que la administración, alegando que los efectos del laudo internacional son oponibles

al Contratante B, sostiene que el administrado debe tributar en función de mayores ingresos, pues correspondía que el Contratante B le pague más de lo que efectivamente le ha pagado.

El administrado, por su parte, no aceptó la posición de la administración, explicando que el laudo no tiene un efecto automático en el precio pagado por el Contratante B, pues conforme al principio de congruencia en materia arbitral, los efectos del laudo no pueden ser extendidos a controversias que no fueron sometidas a su jurisdicción por las partes en el arbitraje. Por tal motivo, el administrado sostiene que no es correcta la afirmación que hace la administración tributaria al señalar que el laudo internacional obtenido en el arbitraje resulta ineludiblemente aplicable a la determinación del monto que tenía derecho cobrar al Contratante B en virtud del Contrato B.

Descrito el supuesto de hecho y delineadas la posición del administrado y de la administración tributaria, podemos advertir que para determinar cuál de ellas es la correcta y por qué razones, lo que corresponde es identificar cuál es la verdadera extensión de los alcances del laudo internacional.

Como hemos adelantado y explicaremos en los apartados que siguen, estamos convencidos de que en un supuesto como el planteado la tesis de la administración tributaria no podía ser aceptada, dado que no se condice con la manera en que opera el derecho arbitral en el ordenamiento jurídico peruano ni la doctrina del arbitraje internacional con la que pretendió amparar su postura.

### **3. PRESUPUESTO CONCEPTUAL: LOS EFECTOS DEL LAUDO Y SUS LÍMITES. COMO REGLA UN LAUDO NO RESULTA OPONIBLE A TERCEROS**

Tal cual se deriva de la descripción efectuada en el apartado previo, el objeto de nuestro análisis se enfoca en establecer si, como sostenía la administración tributaria, el laudo internacional emitido en el marco del Contrato A era oponible a la relación contractual entre el administrado y el Contratante B.

Así las cosas, resulta esencial identificar cuáles son los alcances de los efectos que tiene un laudo como decisión final emitida por el tribunal arbitral y a través de la cual se resuelve la controversia sometida a arbitraje.

Al respecto, debemos advertir que los efectos del laudo se pueden reconocer entendiendo que si bien el arbitraje tiene carácter jurisdiccional, es una institución que también se sostiene en elementos contractuales.

En tal sentido, y como explicaremos a continuación, para identificar los efectos de un laudo es preciso tener en cuenta que el arbitraje reviste límites y que los alcances de la cosa juzgada de una decisión arbitral y, por ende, su oponibilidad a terceros depende de la oponibilidad que, frente a terceros, tiene el derecho que es reconocido en el laudo.

Veamos.

El arbitraje tiene ciertos límites y, como lo resalta Caivano,<sup>1</sup> ellos son de dos órdenes. Los primeros son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y están dirigidas a las partes, ya que implican una restricción a la autonomía de la voluntad de las mismas. De esta manera, no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. Los segundos son las restricciones que las propias partes imponen y que están dirigidas a los árbitros. Se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.

En atención a ello, el citado profesor resalta que para que un arbitraje pueda llevarse a cabo respecto de determinadas materias, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar lo siguiente:<sup>2</sup>

<sup>1</sup> CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2, p. 116.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 117.

- *Que sea válido en sentido material*: esto es, que las cuestiones sobre las que versa el arbitraje se refieran a derechos que puedan, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva).
- *Que sea obligatorio en sentido material*: significa que debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo).

Centrándonos primero en la determinación de la validez en sentido material, debemos señalar que es susceptible de arbitraje toda materia que sea de libre disponibilidad de los contratantes.

Lo señalado quiere decir que si resulta válido que las partes contraten sobre determinada materia, esa determinada materia puede ser sometida a arbitraje. Como correlato, todas las materias sobre las cuales las partes no puedan contratar libremente son materias que no resultan susceptibles de arbitraje.

Establecido así el primero de los límites del arbitraje, corresponde establecer los alcances del segundo de ellos, lo que, en definitiva, importa advertir que el mismo depende de la autonomía privada de las partes.

Al respecto, debemos recordar que el convenio es un concierto de voluntades que puede estar expresado en convención, pacto, contrato, tratado o ajuste.

El inciso 1 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo n.º 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje) establece que el convenio arbitral es el acuerdo por el que *las partes deciden someter a arbitraje* todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza:

Artículo 13.- «*Contenido y forma del convenio arbitral*

El acuerdo arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza [...].»

Silva Romero<sup>3</sup> precisa que la expresión «alcance del acuerdo arbitral» puede recibir dos significados: alcance *rationae materiae* del pacto arbitral y alcance *rationae personae* del mismo.

El primer alcance hace referencia a aquellas materias o controversias que se encuentran cubiertas por la voluntad de las partes, tal y como ella ha sido expresada en el pacto arbitral. El segundo alcance hace referencia a las partes que estarían obligadas por el pacto arbitral.

En ese orden de ideas, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo respecto de determinadas materias debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar que contenga el compromiso inequívoco y claro de que las partes desean someterse al arbitraje, y, además, verificar cómo se ha fijado la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos.

Al respecto, Cantuarias<sup>4</sup> señala que esos dos elementos son de suma importancia dado que implican, por un lado, la renuncia a la jurisdicción natural de los jueces y, por otro lado, la determinación de la extensión máxima de los conflictos, al identificarse la relación o relaciones jurídicas respecto de las cuales se arbitrarán las controversias que se presenten en el futuro.

Así las cosas, la competencia del tribunal arbitral se circunscribe a aquellos conflictos que involucren solamente a ambos contratantes e, igual de importante, se circunscribe a conflictos que tengan

<sup>3</sup> SILVA ROMERO, Eduardo. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, pp. XXII-XXIV.

<sup>4</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 231.

como fuente el contrato que contenga el convenio arbitral. Si en torno a una pretensión no existe identidad respecto de esos elementos que sirven de límites a los alcances del convenio arbitral, el tribunal arbitral no estará legitimado para pronunciarse sobre ella.

Siendo esto así, el tribunal arbitral debe actuar dentro de los límites del convenio arbitral, lo que significa que solo se encuentra legitimado para resolver las controversias derivadas del contrato que involucre a las partes que han decidido someter su controversia a arbitraje. En otras palabras, al emitir el laudo, el tribunal arbitral debe respetar los límites que le impone el convenio arbitral.

Ahora bien, cuando un laudo se emite y queda firme adquiere calidad de cosa juzgada. La noción de cosa juzgada tiene el valor de principio constitucional (inciso 2 del artículo 139 de la Constitución), y se entiende por ella el carácter irrevocable de determinadas resoluciones judiciales y que —como tales— no son pasibles de ser sometidas a revisión, recursos ni impugnaciones, convirtiéndose en intangibles e inmutables.

En esa misma línea, Ledesma señala que la cosa juzgada puede calificarse como la autoridad y eficacia de una sentencia judicial (en nuestro caso, de un laudo arbitral) cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla. Es, pues, la calidad el atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo.<sup>5</sup>

De esta forma, la calidad de cosa juzgada es una cualidad que la ley le agrega a determinados actos a fin de acrecentar su estabilidad y tiene la misma validez con respecto a todos los efectos que puede producir.<sup>6</sup>

Es importante señalar que la cosa juzgada no está referida solamente a la parte dispositiva de la resolución, sino también a la motivación. No pueden ser desligadas por cuanto aquella deriva justamente del análisis efectuado por el magistrado o árbitro y porque no debe ser interpretada literalmente la decisión, sino que debe hacerse en forma lógica y razonada, siendo indispensable entonces la apreciación de la parte considerativa de la resolución.<sup>7</sup>

Teniendo presente lo antes expuesto, la pregunta clave es si ese laudo que se ha emitido respetando los límites del convenio arbitral y ha adquirido calidad de cosa juzgada puede ser oponible a terceros.

En estricto, la respuesta depende de dos factores. Por un lado, de la materia arbitrable que ha sido sometida a arbitraje y, por otro, de las partes del convenio arbitral que, en efecto, han participado en el proceso.

Así, por ejemplo, si lo que se ha discutido en el arbitraje es a quién le corresponde el derecho de propiedad de un bien, como regla ese laudo sí será oponible frente a terceros y lo será porque el derecho de propiedad es un derecho que tiene carácter *erga omnes*. No obstante, y como excepción, no será oponible cuando un tercero que, alegando tener derecho de propiedad sobre el bien, no ha sido parte del convenio arbitral o del arbitraje inicia acciones para tutelar sus intereses.

De manera similar, si lo que se discute es la nulidad del contrato en el marco del cual se desarrolla el arbitraje, como regla ese laudo también será oponible frente a cualquier tercero en tanto lo decidido determina la validez o invalidez de ese contrato. Sucede lo mismo cuando lo que se discute es la terminación del contrato, por cuanto el pronunciamiento supone reconocer que la relación contractual

<sup>5</sup> Cfr. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, tomo I, tercera edición, p. 309.

<sup>6</sup> Cfr. PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s/f, tomo IV, p. 499.

<sup>7</sup> Cfr. HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. *Las excepciones en el proceso civil*. Lima: Jurista Editores, 2010, cuarta edición, pp. 279-280.

mantiene su vigencia o ha finalizado. Como excepción, no será oponible cuando en el arbitraje no hayan participado todas las partes del contrato.<sup>8</sup>

En las circunstancias descritas como reglas generales, es lógico que el laudo que ha adquirido calidad de cosa juzgada sea oponible a terceros, quienes deben reconocer lo que ha sido decidido, pese a no ser parte en el proceso. Y es así porque, en realidad, en esos casos y salvo las excepciones mencionadas lo que en estricto se está oponiendo no afecta a los terceros, en tanto simplemente les informa sobre cuál es la situación jurídica de las partes y de la relación jurídica patrimonial que las vincula o vinculaba, según corresponda. En estos ejemplos, la oponibilidad del laudo no impone cargas u obligaciones a esos terceros ni les otorga facultades o derechos.

Como contrapartida, en las excepciones que hemos mencionado, la falta de oponibilidad se sustenta en la tutela del derecho de terceros, quienes no habrían tenido la oportunidad de defender sus intereses en el arbitraje.

Ahora bien, como resulta lógico, el escenario es distinto cuando lo que se discute en el arbitraje es un aspecto concreto del contrato sobre el que se pronuncia el laudo o, más precisamente, sobre la manera en que los contratantes regulan su relación contractual. Y es que en esos supuestos el pronunciamiento tiene por objeto establecer qué derechos y obligaciones han asumido las partes al autorregular su relación contractual. Ello, en buena cuenta, determina que lo que se resuelve es qué le puede exigir un contratante al otro. Siendo así, el laudo no podría ser oponible a los terceros que no siendo parte de esa relación interna, no tienen por qué sujetarse a ella.

En estos casos, el carácter de cosa juzgada del laudo no alcanzaría a terceros, sino que se encuentra limitado por el convenio arbitral, siendo exigible únicamente a las partes que lo pactaron y que resolvieron su controversia en un arbitraje en razón de dicho convenio.

Entonces, el hecho de que un laudo haya adquirido calidad de cosa juzgada no impone necesariamente que lo resuelto sea oponible a terceros, pues esa oponibilidad depende de la materia que se haya resuelto en el arbitraje.

Es así que siempre que lo decidido se restrinja a establecer cómo opera la relación interna de las partes, pero que no ponga fin a esa relación ni reconozca derechos que por sí mismos tengan carácter *erga omnes*,<sup>9</sup> los efectos del laudo se restringirán a las partes del proceso. Ningún tercero podría ser forzado a cumplir ese laudo ni a modificar el ejercicio de sus derechos o facultades en armonía con aquello que un tribunal arbitral haya resuelto en torno a la relación interna de los contratantes que sometieron su controversia a arbitraje.

Cabe precisar que los presupuestos conceptuales desarrollados resultan aplicables sin que importe si el laudo ha sido emitido en un proceso arbitral nacional o en uno internacional que es reconocido y ejecutado en el Perú. Ello, dado que esos presupuestos responden a la naturaleza y características propias del arbitraje y, por ende, constituyen premisas jurídicas del derecho arbitral.

#### **4. APLICANDO LOS PRESUPUESTOS CONCEPTUALES DEL ARBITRAJE: LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN NO RESISTÍA EL MENOR ANÁLISIS**

Como demostraremos a continuación, la aplicación de los presupuestos jurídicos arbitrales que hemos delineado determinaba, necesariamente, que debiera rechazarse por completo la posición de la administración tributaria, en tanto ella contradice la manera en que opera el derecho arbitral.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, si en un contrato que tiene tres partes solo dos someten a arbitraje la nulidad o resolución de ese contrato sin que el tercero de los contratantes sea llamado a participar en el proceso, el laudo no podrá serle oponible a este último y, en consecuencia, a ningún otro tercero.

<sup>9</sup> Como hemos anotado, esas reglas generales tienen excepciones, de modo que incluso en esos casos es viable que el laudo no sea oponible a terceros ajenos al arbitraje.

#### **4.1. *El laudo internacional únicamente es oponible a quienes han sido parte en el convenio arbitral y en el arbitraje internacional***

Como hemos advertido, el convenio arbitral tiene límites y esos límites restringen las facultades de los árbitros en tanto tales facultades derivan, precisamente, del convenio arbitral. Es así que un tribunal arbitral no puede resolver sobre una materia que no tenga como fuente el contrato ni que tenga como parte a un sujeto que no se ha sometido al arbitraje.

Partiendo de esta premisa, hemos concluido en que el laudo, esto es, la resolución a través de la cual un tribunal arbitral ejercita sus facultades resolviendo la controversia sometida voluntariamente a su jurisdicción, se encuentra limitado por los mismos elementos del convenio. El tribunal arbitral no puede pronunciarse sobre materias o partes que se encuentran fuera de esos límites.

En esa línea, hemos explicado por qué sería una falacia alegar que lo resuelto en todo laudo que adquiere calidad de cosa juzgada es oponible a terceros. Así, hemos afirmado que cuando lo que se resuelve se circunscribe a la manera en que los contratantes han regulado su relación interna, solo esos contratantes tienen que cumplir y respetar lo resuelto. Los terceros que, por definición, no han sido parte del convenio arbitral ni del arbitraje no pueden ser forzados a actuar en función de lo decidido en el laudo emitido en ese arbitraje.

Pues bien, partiendo de esas premisas conceptuales de derecho arbitral, podemos afirmar que el laudo internacional no es oponible al Contratante B y que, por lo mismo, la Administración cometió un grave error al pretender extender sus efectos a la relación contractual existente entre dicha empresa y el administrado.

Para demostrarlo, solo debe verificarse los límites del convenio arbitral del Contrato A, por el cual se ha iniciado el arbitraje internacional, el hecho de que el Contratante B no intervino en el proceso y que lo resuelto en el laudo internacional únicamente se refiere a la relación interna entre las partes del Contrato A.

Veamos.

##### **4.1.1. *El Contratante B no fue parte del convenio arbitral al amparo del cual se desarrolló el arbitraje internacional***

En el laudo internacional se establecía claramente que el arbitraje se sustenta en una cláusula arbitral contenida en el Contrato A, que determina que cualquier controversia vinculada a dicho contrato, del que el administrado y el Contratante A son partes, deba ser resuelta en el fuero arbitral internacional.

Esto es absolutamente relevante, por cuanto nos permite afirmar con absoluta certeza que el Contratante B, al no ser parte de ese Contrato A ni del convenio arbitral en él contenido, no se ha sometido a arbitraje para resolver alguna controversia vinculada al Contrato A.

En otras palabras, el Contratante B no ha aceptado someterse al arbitraje iniciado al amparo del convenio arbitral del Contrato A, no habiendo aceptado que el tribunal arbitral que se conformó en función de ese convenio tenga facultades para pronunciarse sobre la relación contractual que mantiene con el administrado en razón del Contrato B.

Los límites subjetivos del convenio arbitral en virtud del cual se ha emitido el laudo internacional, entonces, impiden que dicho laudo pueda ser opuesto al Contratante B.

Cabe recordar que, como advertimos al describir el problema, el Contrato B tiene un convenio arbitral. Obviamente, ese convenio arbitral es independiente de aquel contenido en el Contrato A y

determina que cualquier controversia surgida en la relación contractual nacida del Contrato B deba ser resuelta en un arbitraje también independiente de aquel que se derive del Contrato A.

Así las cosas, podemos verificar que hay dos convenios arbitrales independientes. Uno contenido en el Contrato A y otro en el Contrato B. El Contratante B solo ha otorgado su consentimiento de someterse a arbitraje en el marco del Contrato B. En tanto el laudo internacional no responde al convenio arbitral del Contrato B, lo decidido en dicho laudo no puede ser opuesto al Contratante B. Sostener algo distinto carecería de fundamento jurídico, al contravenir las reglas básicas del derecho arbitral, el cual se sustenta en la autonomía privada de quienes voluntariamente deciden apartarse de la jurisdicción judicial para someter sus controversias a la jurisdicción arbitral.

En el caso objeto de este artículo, el convenio arbitral en virtud del cual se inició el arbitraje internacional, solo es resultado de la autonomía privada del administrado y del Contratante A, por lo que lo resuelto en ese proceso únicamente resulta vinculante para ellos, no siendo vinculante para el Contratante B.

#### ***4.1.2. El Contratante B no participó ni fue llamado a participar en el arbitraje internacional ni como parte ni como tercero***

Según hemos precisado al describir el supuesto de hecho, en el arbitraje internacional únicamente participaron el administrado y el Contratante A. Siendo esto así, en el laudo internacional, las partes del proceso arbitral fueron las mismas que acordaron el convenio arbitral y, por ende, las mismas que habían aceptado someterse de manera expresa a la jurisdicción arbitral.

Resulta importante notar que el Contratante B no solo no fue parte del proceso (no podía serlo al no haber sido parte del convenio arbitral), sino que tampoco participó en el arbitraje internacional como tercero.

La precisión resulta relevante porque permite advertir que el Contratante B no tuvo oportunidad de sostener posición alguna en el arbitraje, de donde se sigue que no pudo contradecir lo alegado por ninguna de las partes ni, en su defecto, coadyuvar en la defensa de alguna de ellas. En otras palabras, el Contratante B no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción ni el derecho de defensa, ambas garantías de orden constitucional.

Esa constatación nos permite reafirmar que el laudo internacional no le puede ser oponible, aun cuando en él se haya establecido cómo debe interpretarse o aplicarse una cláusula del Contrato A, al que el Contrato B se remite.

Para que ese laudo internacional pudiera ser oponible al Contratante B, dicha empresa debió haber participado en el arbitraje en calidad de parte o, en su defecto, ser llamada a participar por el tribunal arbitral y haberse negado a hacerlo. Pero esas situaciones no se presentaron. En el arbitraje solo intervinieron el administrado y el Contratante A al amparo del convenio arbitral por el cual sometieron a arbitraje las controversias derivadas de su Contrato A.

Por lo mismo, podemos ratificar que los límites subjetivos del arbitraje impiden que los efectos del laudo internacional resulten oponibles al Contratante B.

#### ***4.1.3. La controversia objeto del arbitraje se restringió a la relación interna del Contrato A***

Siguiendo otra de las premisas fácticas de nuestro análisis, debemos recordar que, en estricto, aquello que fue sometido a arbitraje internacional al amparo del convenio arbitral contenido en el Contrato A fue, precisamente, una controversia derivada de esa relación contractual.



La controversia resuelta en el laudo internacional, que el administrado y el Contratante A sometieron a arbitraje, consistió en una discrepancia surgida en el marco del Contrato A.

Así las cosas, es claro que el arbitraje internacional únicamente estuvo orientado a esclarecer la manera en que debía interpretarse y aplicarse el Contrato A, resolviendo de esa manera una controversia contractual entre el administrado y el Contratante A.

Habiendo verificado que la controversia se restringe a identificar cómo debe funcionar la relación interna del Contrato A, tal controversia no puede ni debe extenderse al Contratante B, quien es un sujeto que no forma parte de esa relación interna.

La controversia sometida a arbitraje, entonces, es una controversia que el administrado y el Contratante A reconocen que solo los involucra y afecta a ellos, de aquí que ninguna de las partes haya considerado necesario solicitar al tribunal arbitral que ordene o solicite la intervención del Contratante B.

En atención a lo señalado en torno a la controversia sometida a arbitraje, queda constatado nuevamente que los efectos del laudo internacional por el que la misma fue resuelta no son oponibles al Contratante B.

#### ***4.1.4. La parte resolutive del laudo internacional no afecta a sujetos distintos al administrado y el Contratante A***

La inoponibilidad del laudo internacional a la esfera jurídica y económica del Contratante B queda confirmada nuevamente al enfocarnos en aquello que se resolvió a través de este. Y es que el tribunal arbitral, actuando dentro de los límites de sus facultades, límites impuestos por el convenio y por la materia sometida a arbitraje, resolvió la controversia esclareciendo cuáles eran las obligaciones del administrado y los alcances del derecho del Contratante A.

De este modo, la resolución del laudo internacional, de manera coherente con el derecho arbitral y las características propias del caso, se centra únicamente en las obligaciones y derechos del administrado y del Contratante A en el marco del Contrato A.

Entonces, en la medida en que el laudo internacional solo resuelve aspectos puntuales de la relación contractual de dichos sujetos, sus efectos única y exclusivamente son vinculantes para ellos.

#### ***4.1.5. El laudo internacional no es oponible al Contratante B por lo que, en función de ese laudo, el administrado no puede exigir el pago de mayores ingresos por concepto de precio ya pagado o por pagar***

Como hemos podido advertir, tomando en cuenta la materia controvertida y los límites del convenio y del propio laudo, lo resuelto en el laudo internacional no es oponible a sujetos distintos al administrado y el Contratante A por las siguientes razones:

- Porque solo el administrado y el Contratante A han sometido su controversia a arbitraje, en virtud de un convenio arbitral de quien nadie más fue parte.
- Porque solo el administrado y el Contratante A han participado de ese arbitraje. Nadie más ha sido parte ni tercero en el proceso arbitral y no puede afectarse derechos o facultades de quien no ha tenido la posibilidad de defenderse.
- Porque la materia controvertida se limitaba a la regulación de la relación contractual que vincula al administrado y al Contratante A como partes del Contrato A.

- Porque lo resuelto en el laudo internacional se circunscribe a esa relación interna entre el administrado y el Contratante A.

En atención a lo señalado, debe concluirse, necesariamente, que la emisión del laudo internacional no convierte al administrado en titular de un derecho de crédito frente al Contratante B (un tercero respecto del arbitraje y del laudo internacional). Es así que el administrado no puede alegar que el laudo internacional reconoce que el Contratante B le ha pagado un precio menor al que debió pagar por el Contrato B. No pudiendo alegar ello, no puede exigir, por la sola existencia del laudo internacional, que el Contratante B le reconozca y pague sumas dinerarias mayores a aquellas que ha recibido durante la ejecución del Contrato B.

Esa conclusión determinaba que debiera rechazarse la posición de la Administración, por cuanto la misma no se condice con la manera en que opera el derecho arbitral en el caso materia del presente artículo.

#### **4.2. Consideraciones adicionales en torno a la errada posición de la administración tributaria**

Como ha quedado demostrado en el apartado anterior, la Administración se equivoca al asumir que el laudo internacional es oponible a sujetos distintos de aquellos que fueron parte del arbitraje. El laudo internacional única y exclusivamente es oponible al administrado y al Contratante A, por lo que es falso que su sola emisión suponga un incremento de los ingresos que el administrado ha recibido y recibe en aplicación del Contrato B que lo vincula con Contratante B.

Habiendo advertido la deficiencia del razonamiento de la administración tributaria, consideramos necesario resaltar que incluso en el negado supuesto de que el administrado pudiera oponer el laudo internacional al Contratante B, esa oposición, salvo aceptación de esta última, no surtiría efectos nunca de modo automático. Ello, aunque se pretenda recurrir a la figura del *collateral estoppel*.

Nos explicamos.

Imaginemos que el administrado, siguiendo la lógica equivocada de la administración tributaria, exigiera al Contratante B que le reconociera y pagara sumas dinerarias adicionales a aquellas que hasta esa fecha fueron pagadas en ejecución del Contrato B. Imaginemos también que le exigiera pagar un monto mayor al que venía pagando. Imaginemos que esas pretensiones dinerarias fueran formuladas alegando que el laudo internacional, al resolver la controversia entre el administrado y el Contratante A, ha dispuesto que el Contrato A se interprete y aplique de una forma distinta a la que se había interpretado y aplicado hasta ese momento, y que esa nueva lectura impone que el valor que pague el Contratante B sea distinto.

Supongamos que, como probablemente ocurriría, el Contratante B, asesorado por su área legal o por expertos en derecho arbitral, no reconozca la oponibilidad del laudo internacional y, por ende, no acepte esas exigencias del administrado. También podemos ser más generosos con nuestra imaginación y suponer que el Contratante B no tenga una posición definida sobre la oponibilidad del laudo internacional, pero simplemente, y sin justificar su decisión en las razones que nosotros hemos desarrollado, se niegue a aceptar el pedido del administrado.

Pues bien, en el escenario descrito, y al margen de cuál sea la posición correcta (ya hemos explicado que la lectura correcta del problema es aquella que niega que el laudo internacional pueda ser opuesto al Contratante B), lo cierto es que se habría generado una discrepancia entre el administrado y el Contratante B. Atendiendo a que esa discrepancia se centraría en determinar un aspecto de la relación contractual que vincula a ambas empresas en virtud del Contrato B, la misma debería ser resuelta según el mecanismo previsto para tales efectos en ese contrato.

Como hemos adelantado, el Contrato B contiene un convenio arbitral. Esto significa que incluso en el negado supuesto de que el administrado siga la tesis errada de la administración, en tanto el Contratante B no acepte tal tesis, la controversia surgida por esa discrepancia debería ser resuelta en un nuevo arbitraje.

En otras palabras, salvo aceptación de Contratante B, solo podría existir certeza sobre la posibilidad de oponer el laudo internacional al Contratante B y exigir que reconozca y pague sumas distintas de aquellas que ha venido reconociendo y pagando en aplicación del Contrato B, siempre que se configure una situación concreta. La configuración de esa situación concreta depende de lo que se resuelva en un laudo que se emita en el marco de un nuevo arbitraje que se inicie al amparo del convenio arbitral contenido en dicho contrato.

Así las cosas, para que lo decidido en el laudo internacional pueda tener injerencia en la relación contractual del administrado y el Contratante B, necesariamente esta última debería aceptar la tesis de la Administración o, en su defecto, un tribunal arbitral conformado al amparo del convenio arbitral del Contrato B debería reconocerlo expresamente.

A la fecha en que la administración tributaria pretendió cuestionar la base imponible del Impuesto a la Renta del administrado, bajo la tesis de que lo resuelto en el laudo internacional le daba derechos a recibir mayores ingresos en el marco del Contrato B, ninguna de esas situaciones se había configurado.

Atendiendo a lo señalado, podemos sostener que la posición de la Administración según la cual sugiere que el administrado debería calcular su Impuesto a la Renta incluyendo ingresos correspondientes a los mayores ingresos que supuestamente debería recibir de aplicar en su relación con el Contratante B aquello que fue resuelto en el laudo internacional que resolvió la controversia del Contrato A no tiene asidero jurídico. Y es que, en realidad, el administrado no habría recibido mayores ingresos del Contratante B en virtud del laudo internacional. No menos importante, el Contratante B no ha reconocido (ni está obligado a reconocer) que el laudo internacional lo convierte en deudor de pagos distintos o mayores a aquellos que ha efectuado durante la ejecución del Contrato B.

Lo afirmado no varía cuando se analiza la posición de la Administración desde la doctrina del *collateral estoppel*, ya que tal doctrina tampoco permite que los efectos de un laudo sean opuestos a terceros de modo automático y sin contradicción.

Y es que, en estricto, el *collateral estoppel* constituye un mecanismo de defensa que, como tal, debe ser alegado dentro de un proceso judicial o arbitral. Esto queda absolutamente claro en el artículo de investigación escrito por Mariana Bernal-Fandiño y Sergio Rojas-Quinones<sup>10</sup> que, en el caso que nos sirve de inspiración para este artículo, fue citado por la propia administración tributaria.

A través del *collateral estoppel* se busca extender la vinculatoriedad de un laudo arbitral previo frente a terceros o contra terceros que no fueron parte del arbitraje en que ese laudo se emitió, y que acuden como parte en un proceso posterior en el que sí actúa uno de los sujetos que intervinieron en el trámite arbitral anterior.<sup>11</sup>

Es así que los autores citados, al explicar la figura, destacan:

Como sucede en el caso del *estoppel* en general, el *collateral estoppel* en particular debe también ser alegado por las partes en el marco de un debate procesal en el que la figura sirva como medio defensivo del demandante, en contra de las excepciones del demandado, o de este último, frente a la acción del demandante.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> BERNAL-FANDINO, Mariana y SERGIO ROJAS-QUINONES. «La vinculatoriedad de un laudo arbitral frente a terceros en la doctrina del *collateral estoppel*». En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010, n.º 16, pp. 455-488.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 481.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 471.

Asimismo, al referirse a los requisitos de procedibilidad del *collateral estoppel*, Mariana Bernal-Fandiño y Sergio Rojas-Quiñones señalan textualmente lo siguiente:<sup>13</sup>

*Además de necesitar ser alegado expresamente, la procedibilidad del collateral estoppel supone tradicionalmente la concurrencia de las siguientes circunstancias:*

1. En primer lugar, *es necesario que, en sede judicial o arbitral se traiga a colación un asunto que había sido resuelto ya por un pronunciamiento que, del mismo modo, debe ser judicial o arbitral.*

[...]. (El resaltado es nuestro.)

Así las cosas, resulta innegable que el *collateral estoppel* solo puede ser alegado dentro de un proceso judicial o arbitral en el que una de las partes pretenda hacer valer lo resuelto en un proceso judicial o arbitral previo. Para tales efectos esa parte debe invocar el mecanismo, demostrar la conexidad y la confianza creada por la decisión arbitral previa, todo lo cual deberá ser evaluado dentro del proceso judicial o arbitral correspondiente.

Ese requisito también es exigible cuando es un tercero el que invoca a su favor el *collateral estoppel* en contra de un sujeto que fue parte en el laudo arbitral pretérito.<sup>14</sup>

Por lo expuesto, podemos aseverar que la existencia de la doctrina del *collateral estoppel* tampoco es un argumento que determine que el laudo internacional califique como oponible al Contratante B y que determine que este sea deudor de sumas dinerarias a favor del administrado por un mayor monto al que efectivamente ha pagado en el marco del Contrato B. Los efectos del *collateral estoppel* se encuentran condicionados a que se desarrolle un nuevo proceso arbitral, que en ese nuevo proceso arbitral se oponga el *collateral estoppel* y que el tribunal arbitral reconozca que, en virtud de tal doctrina, el laudo internacional sí resulta oponible al Contratante B.

Por supuesto, tal cual opera la figura del *collateral estoppel* de nada sirve que la administración tributaria pretenda oponerla en contra del administrado en un procedimiento administrativo tributario. Ello, por lo siguiente:

- Porque lo que se decida en el procedimiento administrativo tributario no tiene injerencia en la esfera jurídica del Contratante B, de donde se sigue que, sin que importe lo que alegue la administración tributaria, el administrado no estará facultado para exigir que esa empresa reconozca que le adeuda sumas dinerarias por lo resuelto en el laudo internacional.
- Porque el *collateral estoppel* debe ser invocado en un proceso judicial o arbitral y, por lo mismo, debe ser invocado por una de las partes de ese proceso.
- Porque el *collateral estoppel* es un mecanismo de defensa que no opera de modo automático, sino que requiere ser declarado fundado dentro del proceso judicial o arbitral en el que se oponga.
- Porque en el caso objeto del presente trabajo, en un eventual arbitraje orientado a resolver controversias entre el administrado y el Contratante B, tendría sentido que lo invoque el administrado para tratar de que el laudo internacional sea oponible al Contratante B. No tendría sentido que lo invoque el Contratante B en su calidad de tercero del arbitraje internacional.

---

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Idem*, p. 477.

- Porque ese mecanismo solo generaría efectos respecto del Contratante B en su relación con el administrado, siempre que sea opuesto en un proceso arbitral que los tenga como partes y que el tribunal arbitral correspondiente resuelva declarando fundado tal mecanismo.

En este esquema, es claro que la administración tributaria no está legitimada para oponer o invocar el *collateral estoppel* como un mecanismo para cuestionar la manera en que el administrado y el Contratante B ejecutan el Contrato B y pretender que el primero reconozca ingresos que no ha recibido. Esa no es la finalidad de dicha figura procesal.

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que en nuestro sistema jurídico sería bastante improbable y contrario a derecho que un tribunal arbitral declare fundada la defensa del *collateral estoppel* si el mismo fuera invocado por el administrado en un eventual proceso en contra del Contratante B. Ello porque juzgamos que el tribunal arbitral daría prioridad al carácter consensual del arbitraje (y los límites del convenio arbitral y del laudo que se derivan de este) y al derecho de defensa del Contratante B, en calidad de tercero no interviniente en ese arbitraje.

Ahora bien, estimamos conveniente subrayar que el administrado no está obligado a iniciar un arbitraje en contra del Contratante B para pretender que se reconozca que para la determinación del precio del producto acordado en el Contrato B deba seguirse el criterio que se adoptó en el laudo internacional que resolvió la controversia del Contrato A.

De este modo, sin que importen las razones por las cuales el administrado no inicie un arbitraje en ese sentido, ni la Administración ni nadie más puede imponer algún tipo de consecuencia jurídica o económica a esa conducta.

Es así que aunque la Administración crea que el administrado debería iniciar un arbitraje, pues considera que obtendría un laudo que le reconocería mayores ingresos, no puede fiscalizar o sancionar a la empresa por no hacerlo. Mucho menos puede fiscalizarla o sancionarla asumiendo que debería haber recibido un precio mayor al que efectivamente recibió durante la ejecución del Contrato B. Y es que, además de que la posición de la Administración en torno a la oponibilidad del laudo internacional es equivocada, tal posición no ha sido validada a través de una decisión arbitral aceptada por el Contratante B.

Para concluir, debemos señalar que la administración tributaria no tiene facultades para decidir sobre los efectos y alcances del laudo internacional, no pudiendo imponer los mismos a relaciones contractuales que el administrado o el Contratante A mantienen con terceros. La Administración debe limitarse a reconocer lo decidido en el laudo internacional y aceptarlo como fundamento de aquello que el administrado o el Contratante A declaren respecto a sus ingresos o egresos en el marco del Contrato A.

## 5. CONCLUSIONES

A partir del análisis que hemos realizado del supuesto de hecho que nos sirve como premisa fáctica, arribamos a las siguientes conclusiones:

- El laudo, esto es, la resolución a través de la cual un tribunal arbitral ejercita sus facultades resolviendo la controversia sometida voluntariamente a su jurisdicción, se encuentra limitado por los mismos elementos del convenio. El tribunal arbitral no puede pronunciarse sobre materias o partes que se encuentran fuera de esos límites. Cuando lo que se resuelve se circunscribe a la manera en que los contratantes han regulado su relación interna, solo esos contratantes tienen que cumplir y respetar lo resuelto. Los terceros, que por definición no han sido parte del convenio arbitral ni del arbitraje, no pueden ser forzados a actuar en función de lo decidido en el laudo emitido en ese arbitraje.

- Partiendo de esas premisas conceptuales de derecho arbitral, podemos afirmar que el laudo internacional no es oponible al Contratante B y que, por lo mismo, la Administración comete un grave error al pretender extender sus efectos a la relación contractual que dicha empresa mantiene con el administrado.
- La Administración se equivoca al asumir que el laudo internacional es oponible a sujetos distintos a aquellos que fueron parte del arbitraje. El laudo internacional única y exclusivamente es oponible al administrado y al Contratante A, por lo que es falso que su sola emisión suponga un incremento en los ingresos que el administrado ha recibido y recibe en ejecución del Contrato B que lo vincula con el Contratante B.
- Contrariamente a lo que parece sugerir la administración tributaria, la emisión del laudo internacional no convierte al administrado en titular de un derecho de crédito frente al Contratante B (un tercero respecto del arbitraje y laudo internacional). Es así que el administrado no puede alegar que el laudo internacional reconoce que el Contratante B le ha pagado un precio menor al que debió pagar por el Contrato B. No pudiendo alegar ello, no puede exigir, por la sola existencia del laudo internacional, que el Contratante B le reconozca y pague sumas dinerarias mayores a aquellas que ha recibido durante la ejecución del Contrato B.
- Incluso en el negado supuesto de que el administrado pudiera oponer el laudo internacional al Contratante B, esa oposición, salvo aceptación de este último, nunca surtiría efectos de modo automático. Para que lo decidido en el laudo internacional pueda tener injerencia en la relación contractual del administrado y el Contratante B, necesariamente este último debería aceptar la tesis de la Administración o, en su defecto, un tribunal arbitral conformado al amparo del convenio arbitral del Contrato B debería reconocerlo expresamente.
- La posición de la Administración según la cual sugiere que el administrado debería calcular su Impuesto a la Renta incluyendo ingresos correspondientes a los mayores ingresos que debería haber recibido si se aplicase al Contrato B la interpretación de la cláusula del Contrato A, que ha sido establecida en el laudo internacional, no tiene asidero jurídico. Y es que, en los hechos, el administrado no habría recibido mayores ingresos en virtud del laudo internacional. En los hechos, además, el Contratante B no había reconocido (ni estaba obligado a reconocer) que el laudo internacional lo convierte en deudor de pagos distintos o mayores a aquellos que ha efectuado durante la ejecución del Contrato B. Lo afirmado no varía cuando se analiza la posición de la Administración desde la doctrina del *collateral estoppel*, ya que tal doctrina tampoco permite que los efectos de un laudo sean opuestos a terceros de modo automático y sin contradicción.
- La Administración no está legitimada para oponer o invocar el *collateral estoppel* como un mecanismo para cuestionar la manera en que el administrado y el Contratante B ejecutan el Contrato B, ni puede pretender que el primero reconozca ingresos que no ha recibido. Esa no es la finalidad de dicha figura procesal. Sin perjuicio de lo expuesto, debemos decir que consideramos que en nuestro sistema jurídico sería bastante improbable y contrario a derecho que un tribunal arbitral declare fundada la defensa del *collateral estoppel* si fuera invocado por el administrado en un eventual proceso en contra del Contratante B. Ello, porque juzgamos que el tribunal arbitral le daría prioridad al carácter consensual del arbitraje (y los límites del convenio arbitral y del laudo que se derivan de este) y al derecho de defensa del Contratante B en calidad de tercero no interviniente en ese arbitraje.

**6. BIBLIOGRAFÍA**

BERNAL-FANDIÑO, Mariana y Sergio ROJAS-QUINONES. «La vinculatoriedad de un laudo arbitral frente a terceros en la doctrina del *collateral estoppel*». En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2010, n.º 16.

CAIVANO, Roque J. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007.

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto. *Las excepciones en el proceso civil*. Lima: Jurista Editores, 2010, cuarta edición.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, tomo I, tercera edición.

PALACIO, Lino. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, s/f, tomo IV.

SILVA ROMERO, Eduardo. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005.





# CONVENIENCIA PARA PERÚ DE FIRMAR LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS ACUERDOS DE TRANSACCIÓN INTERNACIONALES RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN (CONVENCIÓN DE SINGAPUR SOBRE LA MEDIACIÓN)

Ricardo De Urioste S.\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Propósito, ámbito de aplicación, estructura y principales disposiciones de la Convención de Singapur.— 3. Ámbito de aplicación y el caso peruano.— 4. Ventajas para el Perú de ser parte de la Convención de Singapur.— 5. Desventajas para el Perú de ser parte de la Convención de Singapur.— 6. El mecanismo *opt-in* de la Convención de Singapur: ¿el fiel de la balanza?— 7. Conclusiones.— 8. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

Se ha escrito mucho y para nadie resulta una novedad la importancia de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, o Convención de Nueva York de 1958, y el impulso que esta ha significado para el desarrollo del arbitraje a nivel mundial. Quizás, entonces, la mejor carta de presentación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación o Convención de Singapur de 2018 sería su ambición de ser el equivalente de la Convención de Nueva York y lograr un marco internacional que facilite y uniformice la ejecución de acuerdos de transacción en todos los territorios de los Estados que sean parte de la Convención.

La Convención viene acompañada de una Ley Modelo sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación que se concibió para asistir a los Estados en la reforma y modernización de sus leyes sobre mediación, estableciendo normas uniformes para el procedimiento de mediación.<sup>1</sup>

La Convención de Singapur fue el resultado de un proceso de negociación encargado al Grupo de Trabajo II de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Dicho grupo de trabajo logró cumplir este encargo luego de casi tres años de negociación,<sup>2</sup> por lo que la Comisión adoptó el texto de la Convención el 20 de diciembre de 2018, abriéndose a la firma en la ciudad de Singapur el 7 de agosto de 2019.

La recepción de la Convención por parte de la comunidad internacional ha sido importante. De acuerdo a la propia CNUDMI, a la fecha, cincuentaicinco (55) Estados han firmado la Convención.

---

\* Abogado y árbitro. Diploma Internacional de Administración Pública (Relaciones Internacionales) École Nationale d'Administration Publique (ENA-París), MSC Economía Política Internacional London School of Economics & Political Science, LL.M University of Chicago.

<sup>1</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL - CNUDMI. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación* (2018). Recuperado de <[https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial\\_conciliation](https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation)>.

<sup>2</sup> SCHNABEL, Timothy. «The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements». En *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2019, n.º 19, p. 8.

De estos Estados, nueve (9) (Bielorrusia, Ecuador, Fiji, Georgia, Honduras, Qatar, Arabia Saudita, Singapur y Turquía) la han ratificado y la Convención se encuentra en vigor para ellos en la actualidad.<sup>3</sup>

A pesar de esta aceptación por un número significativo de Estados, el Perú aún no ha decidido firmar la Convención de Singapur. Tenemos entendido que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha remitido la consulta del caso al Ministerio de Justicia, pero aún no hay pronunciamiento por parte de este último.

Como señaláramos líneas arriba, si bien existe un número apreciable de Estados que han firmado la Convención de Singapur, no es menos cierto también que existe una apreciable disconformidad entre el número de Estados firmantes y aquellos que han ratificado la Convención.

Ello motiva el presente artículo que busca principalmente dar una opinión respecto a la conveniencia de la firma de la Convención de Singapur por parte del Perú como aporte al proceso de reflexión institucional sobre la cuestión.

Para ello, primero realizaremos un pequeño resumen respecto al ámbito de aplicación de la Convención, los propósitos que persigue, así como de sus principales disposiciones. Luego analizaremos las ventajas y desventajas que resultarían de ser parte de este tratado multilateral. A partir de ese análisis identificaremos la variable clave que permita decidir respecto a la conveniencia para el Perú de ser parte en la Convención y exploraremos sus límites. Finalmente, presentaremos las conclusiones respecto a la conveniencia de que el Perú se convierta en Estado parte de la Convención de Singapur.

## 2. PROPÓSITO, ÁMBITO DE APLICACIÓN, ESTRUCTURA Y PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR

El objetivo esencial de la Convención de Singapur es brindar un marco internacional de ejecución de los acuerdos de transacción resultantes de una mediación, análogo al de la Convención de Nueva York de 1958 que permite ejecutar laudos arbitrales emitidos en una jurisdicción en toda la red de Estados que son partes de la Convención.

De esta manera, la membresía generalizada de la Convención de Singapur en la comunidad internacional determinaría que si tengo una transacción que califica como internacional para la Convención, esta podrá hacerse efectiva con mayor facilidad en cualquiera y todos los Estados parte.

En palabras de Silvestri, al menos en teoría, la Convención llegaría a colmar eficientemente estas expectativas:

In any event, thanks to the Convention, the party willing to enforce an international settlement agreement resulting from mediation in a State that is a party to the Convention itself will be able to turn to the courts (or any other 'competent authority') of that State and request relief.<sup>4</sup>

Más específicamente, en cuanto a su ámbito de aplicación, el artículo 1(1) de la Convención señala que resulta aplicable a transacciones comerciales internacionales resultantes de una mediación.

¿Cuándo sería «internacional» una transacción para efectos de la Convención? El mismo artículo 1(1) de la Convención establece dos supuestos generales al respecto:

- a) Al menos dos de las partes tienen su establecimiento en lugares diferentes.

<sup>3</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL - CNUDMI). *Situación actual: Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación*. Recuperado de <[http://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](http://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status)>.

<sup>4</sup> SILVESTRI, Elisabetta. «The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?». En *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, 2019, n.º 2, vol. 20, año 13, p. 191.

- b) Las partes tienen su establecimiento en un mismo Estado, pero (i) una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la transacción deberán ejecutarse fuera de ese Estado; o, (ii) es otro Estado el que está más estrechamente vinculado al objeto de la transacción.

Para efectos de la Convención, ¿cuándo sería una transacción internacional el resultado de una «mediación»? El artículo 2(3) de la Convención nos brinda la respuesta, basándose en el antecedente proporcionado por la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, también de la CNUDMI:

Se entenderá por «mediación», cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros («el mediador») que carezcan de autoridad para imponerles una solución.

Es sabido que en la doctrina nacional e internacional existe una distinción clara entre los conceptos de conciliación y mediación. Conforme a esta distinción, en la conciliación, a diferencia de la mediación, el conciliador plantea una solución al conflicto, mientras que en la mediación el mediador actúa simplemente como un interlocutor de propuestas para la solución de las diferencias.

En este mismo sentido, cabe citarse a Vidal Ramírez:

La conciliación, del latín *conciliatio*, ‘composición o ajuste de posiciones contrapuestas’, es también un modo de solución de controversias que consiste en la intervención de un tercero que aproxima a las partes coadyuvando a la solución de su conflicto. El conciliador no se limita, como en el caso de la mediación, a la interposición de buenos oficios sino que toma de una y otra parte aspectos de sus pretensiones que puedan ser conciliables y procura que transijan en pro de una solución a su conflicto.<sup>5</sup>

Sin embargo, los instrumentos internacionales negociados en el marco de la CNUDMI, incluida la Convención de Singapur, no consideran esta distinción y tratan a los términos conciliación y mediación como equivalentes:

Importantly, the name of the process does not matter: metaphysical distinctions between «mediation», «conciliation» and other types of processes (as various terms may be used in different legal cultures) are not relevant. The Convention uses a broad definition as an umbrella that can cover many types of processes.<sup>6</sup>

Podemos concluir, entonces, que la Convención debe interpretarse de manera amplia en este punto y cualquier transacción asistida por un tercero sin autoridad para decidir sobre la controversia calificará como mediación para efectos de su aplicación.

Para efectos de la Convención, ¿cuándo sería «comercial» una transacción? De las tres preguntas que definen al ámbito de aplicación de la Convención respecto a los instrumentos que caen bajo su esfera de control, esta resulta la más sencilla de responder.

Al igual que la Convención de Nueva York de 1958, el espíritu, objeto y propósito de la Convención de Singapur, así como la intención de las partes negociadoras revelada en el diario de debates de la negociación permiten concluir que este extremo de la Convención de Singapur debe también interpretarse con base en una amplitud considerable y el adjetivo «comercial» no se erigirá como un filtro significativo.

En virtud del artículo 3(1) de la Convención, los Estados parte se obligan a ejecutar en sus territorios acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación bajo las condiciones imperantes en el Estado en cuyo territorio se busque la ejecución.

<sup>5</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, segunda edición, p. 28.

<sup>6</sup> SCHNABEL, Timothy. *Op. cit.*, p. 15.

Dicha obligación de ejecutar los referidos acuerdos de transacción se encuentra únicamente sujeta a algunas acotadas causales de denegación de naturaleza limitada, las cuales se han previsto en el artículo 5.

En principio, el régimen de la Convención se aplica a todo acuerdo de transacción comercial internacional resultante de la mediación que califique como tal conforme al artículo 1. Sin embargo, dicha aplicación es supletoria a la previsión de las partes de cada transacción específica, quienes pueden excluir a su transacción particular del régimen de la Convención, conforme al artículo 5(1)(d) (modelo o cláusula *opt-out*).

Por otro lado, la Convención (artículo 8) permite a los Estados firmantes establecer reservas a la aplicación de la misma únicamente en dos supuestos específicos: (i) transacciones en las que interviene el Estado, agencias gubernamentales o agentes estatales; y, (ii) el denominado mecanismo, modelo o cláusula *opt-in*.

Para los propósitos de este artículo resalta la segunda de estas reservas, prevista en el artículo 8(1)(b) de la Convención, la cual permite a sus Estados parte elegir el modelo denominado *opt-in* por el cual el Estado reservante declara que aplicará la Convención en su territorio únicamente cuando las partes de la transacción hayan acordado la aplicación de la Convención a su transacción particular.

Es esta reserva la que jugará un papel protagónico en nuestro análisis respecto a la conveniencia para el Perú de firmar la Convención de Singapur.

Queda, por ende, establecido que la principal consecuencia de que un acuerdo de transacción quede fuera del ámbito de protección de la Convención de Singapur es que únicamente tenga la fuerza probatoria de un contrato y pueda ser presentado como evidencia en un proceso judicial o arbitral en el país en el que se busque su ejecución. Dicho contrato únicamente adquirirá ejecutabilidad con la sentencia judicial o laudo arbitral que ampare la pretensión.

En ese mismo sentido concluye el profesor Takahashi:

Outside the regime of the Convention, an MSA (mediated settlement agreements) may only be relied on as a contract and accordingly may only be adduced as evidence. It is but one piece of evidence to help the plaintiff establish its claim. If the plaintiff obtains a favorable judgment, the latter will then be directly enforceable.<sup>7</sup>

### 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EL CASO PERUANO

Cabe ahondar en el efecto sustancial de la eventual aplicación de la Convención de Singapur en territorio nacional.

Conforme señaláramos líneas arriba, el principal efecto de no ser parte de la Convención de Singapur es que una transacción resultante de una mediación internacional tendrá únicamente la fuerza probatoria de un contrato.

A primera vista, esto no parecería tan grave en el caso de un ordenamiento legal como el peruano en que existe una norma expresa en el Código Procesal Civil que otorga título ejecutivo a todo «documento privado que contenga transacción extrajudicial».

Efectivamente, el inciso 8 del artículo 688 del Código Procesal Civil le asegura título ejecutivo a la referida transacción. No obstante, el Código Procesal Civil no hace mención alguna respecto a la presencia de elementos extranjeros o internacionales relevantes en dicho supuesto de transacción, por

<sup>7</sup> TAKAHASHI, Koji. «Enforcement of Mediated Settlement Agreements under the Singapore Convention and the UNCITRAL Model Law: An Argument for the Opt-In Model». En *Comparative Law Yearbook of International Business*, 2019, p. 64.

lo que no resulta del todo claro si es que la presencia de dichos elementos extranjeros (como podrían ser el lugar celebración de la transacción o el idioma de la transacción o el domicilio de las partes de la transacción) resulten relevantes para la aplicación de la consecuencia prevista por el referido artículo 688.

En caso el Perú pasara a ser un Estado parte de la Convención de Singapur resultaría indubitable la aplicación del artículo 688 del CPC a toda transacción internacional que califique como tal a efectos de la Convención.

Tan solo el efecto de la certeza jurídica sobre las transacciones internacionales con vocación de ser ejecutadas en el Perú sería un aporte sustancial a la participación peruana en el tráfico mercantil internacional y en las relaciones económicas internacionales en general.

#### 4. VENTAJAS PARA EL PERÚ DE SER PARTE DE LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR

Ahora que tenemos claro cuál sería el principal efecto de la membresía peruana en la Convención de Singapur veamos con mayor detalle el análisis costo-beneficio de dicha participación.

En las reuniones de trabajo del Grupo II de la Uncitral, la American Society of International Law presentó evidencia respecto a que existía una percepción de que las transacciones internacionales resultaban más difíciles de ejecutar que las transacciones nacionales, llegando a decir que la comunidad empresarial veía el desarrollo de la Convención de Singapur como un punto crítico.<sup>8</sup>

En el mismo sentido, el Corporate Counsel International Group expresó que muchas compañías tenían dificultad en convencer a sus contrapartes de negocios de que acepten mediar o conciliar debido a la falta de legitimidad internacional que sí aporta, por ejemplo, la Convención de Nueva York al arbitraje.<sup>9</sup>

También en el marco de las negociaciones de la Convención de Singapur en el Grupo II de CNUDMI, el International Mediation Institute (IMI) interpretaba que si bien la Convención brindaría significativos beneficios a las partes que busquen satisfacción por la vía judicial, el principal rol de la Convención sería brindar un incentivo para que las partes recurran a la mediación en los muchos casos en que no se recurriría a la mediación sin dicho incentivo.<sup>10</sup>

La situación ideal, como lo expresaron muchos de los Estados negociadores a lo largo de los debates, sería que la Convención raramente sea invocada ante instancias judiciales y que más bien las partes cumplan voluntariamente sus transacciones negociadas.

Este resulta un punto importante, porque constituye una suerte de declaración de los Estados negociadores respecto a que la verdadera fuerza de la Convención radicaría en el convencimiento de los Estados parte respecto a la conveniencia de ejecutar las transacciones internacionales resultantes de la conciliación sin necesidad de llevar este tema a instancias judiciales.

Las razones presentadas por la propia CNUDMI respecto a la conveniencia de ser parte de la Convención repiten el consenso ya reseñado líneas arriba en la comunidad internacional en torno a la importancia de dicho instrumento en la facilitación del comercio internacional y en la promoción de la mediación como método eficaz de resolución de controversias comerciales.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> SCHNABEL, Timothy. *Op. cit.*, p. 3.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>11</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL - CNUDMI. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (New York, 2018) (the «Singapore Convention on Mediation»)*. Recuperado de <[https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements)>.

Adicionalmente, la CNUDMI apunta que la Convención de Singapur aporta certeza y estabilidad al marco internacional sobre mediación contribuyendo a los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (ODS 16).

Aún más, podríamos sumar a lo ya dicho otras razones atendibles respecto a las ventajas de ser parte de la Convención.

En efecto, la firma de la Convención daría una poderosa señal internacional respecto al papel que el Estado peruano pretende otorgar a la mediación como método de resolución de controversias a nivel local.

Asimismo, aumentaría la credibilidad y atracción del territorio nacional como foro de solución de controversias, incluso a nivel regional.

La firma de la Convención también aumentaría el prestigio y atractivo, también a nivel internacional, de los profesionales peruanos en materia de mediación. Es importante anotar que el Perú cuenta con un gran número de profesionales capacitados en este rubro y registrados ante el Ministerio de Justicia, conforme a la Ley n.º 26872, Ley de Conciliación.

## 5. DESVENTAJAS PARA EL PERÚ DE SER PARTE DE LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR

Los antecedentes de la negociación de la Convención de Singapur no se revelaban como auspiciosos. Ostensiblemente, en el marco de la negociación de uno de los antecedentes esenciales de la Convención de Singapur, la ya referida Ley Modelo sobre la Conciliación Comercial Internacional, el tema de la ejecución de los acuerdos de conciliación se reveló como talón de Aquiles y finalmente, la referida Ley Modelo no incluyó disposiciones sobre el tema de la ejecución.

Este antecedente era quizás también el principal argumento detrás del escepticismo de la Unión Europea sobre la posibilidad de arribar a buen puerto en la negociación de un instrumento internacional sobre la ejecución de acuerdos internacionales de transacción resultantes de la mediación.

Como afirma Schnabel, el compromiso que posibilitó el consenso que finalmente desembocó en la Convención de Singapur intencionalmente evita los términos «reconocimiento» y «ejecución». En cambio, opta por describir en su artículo 3(2) el aspecto nuclear del reconocimiento que se busca proteger, vale decir, la posibilidad de invocar la conciliación o mediación como defensa efectiva y absoluta en procedimientos legales domésticos.

First, as described in Section VII *infra*, the Convention would not use the term «recognition», but instead would functionally describe (in Article 3[2]) the aspect of recognition that needed to be included - i.e. the ability to use a mediated settlement as a complete defense in domestic legal proceedings.<sup>12</sup>

Sobre esta base, la Convención de Singapur elabora una aproximación similar al de la Convención de Nueva York de 1958 en materia de ejecución internacional, pero, claro está, respecto a acuerdos de transacción resultantes de la mediación:

The Convention only addresses the phase before execution: namely, the determination that the settlement is enforceable and that the party is entitled to legal relief. Therefore, the Convention does not impose any particular rules on execution and the relevant state's rules of procedure apply. In this respect, the Convention follows the approach of the New York Convention.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> SCHNABEL, Timothy. *Op. cit.*, p. 7.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 39.

Esta característica de la Convención ha servido precisamente como base de uno de los argumentos que critica a la Convención de Singapur como intrascendente.

Desde esta perspectiva crítica, el resultado decepcionante de todo este proceso en el marco de la CNUDMI habría sido que la conclusión de un acuerdo de transacción internacional resultante de la mediación (vale decir, la conclusión de un nuevo acuerdo o contrato entre las partes), simplemente goce del tratamiento de ejecutabilidad internacional que se le brinda a un contrato.

Sin embargo, esta crítica se encuentra justamente en contraposición con el entendimiento de los propios Estados negociadores respecto al efecto de la Convención de Singapur.

En efecto, justamente otro de los entendimientos que posibilitaron el compromiso que materializó la Convención de Singapur fue que los Estados negociadores entendían que dicha Convención crearía una nueva categoría de instrumento legal en el plano internacional, elevando un simple acuerdo de transacción internacional a un estatus equiparable al de un laudo arbitral:

Second, the Convention can be seen as creating a new category of legal instrument on the international plane, elevating what would otherwise be a mere contract to a *sui generis* status. In general, the Convention provides for international, mediated settlements to be treated in a manner comparable to arbitral awards. That this effect would occur was recognized early in the UNCITRAL discussions, and was controversial.<sup>14</sup>

No obstante, a su vez, este pretendido efecto de la Convención ha sido también materia de críticas en su contra. Por ejemplo, en el marco de las negociaciones de la Convención se afirmó que las transacciones resultantes de una mediación constituían en esencia contratos y que no deberían mutar hacia un estatus diferente simplemente porque eran el resultado de una mediación.

Existe, no obstante, un argumento interesante que retruca al recién apuntado y parte de la acertada conceptualización de un laudo arbitral como resultado de un contrato de arbitraje. Si el producto de este también contrato goza del nivel de protección que le asegura la Convención de Nueva York, con mayor razón se justifica la existencia de un instrumento análogo aplicable al contrato de mediación.

Ello, fundamentalmente, porque en el caso del arbitraje lo que se está protegiendo es esencialmente un mecanismo procedimental para arribar a una solución del caso. En el supuesto de la mediación lo que resulta amparable es la solución misma pactada por las partes, lo cual justificaría, incluso en mayor medida, su protección a través de un instrumento internacional que busca garantizar el cumplimiento de dicha transacción.

Algunas delegaciones negociadoras de la Convención mencionaron como alternativa que existe la posibilidad de que las partes de una transacción acuerden la modificación de dicho estatus vía la integración de la transacción resultante de la mediación a un laudo y que dicha posibilidad era más bien la vía adecuada a fin de lograr dicha elevación de grado o categoría.

Sin embargo, frente a dicho argumento se ha esgrimido que las partes no deberían tener que pasar por el proceso más o menos tortuoso de convertir una transacción resultante de una mediación en un laudo y tener que buscar y contratar un árbitro para ello.

También se ha apuntado como otro argumento en contra de la solución de incorporar la transacción a un laudo que cuando las partes ya han mediado y arribado a una transacción existe un riesgo innecesario de indisponerlas entre sí con la conversión de esa transacción en un laudo, por la mayor proximidad de la figura del laudo al ámbito litigioso.

---

<sup>14</sup> *Idem*, p. 9.

En la misma línea se encuentra la observación de que en muchas jurisdicciones no resultaba claro que el resultado de una mediación convertida en laudo sea ejecutable vía la Convención de Nueva York, toda vez que podría interpretarse que una vez que las partes han arribado a una transacción ya no existiría la condición prevista por su artículo 1(1) respecto a la subsistencia de «diferencias» entre las partes.

Para terminar este inventario de argumentos apuntando deficiencias de la Convención de Singapur, cabe mencionar que un grupo de países —incluidos Alemania, Sudáfrica y Bulgaria— expresaron que desarrollar un instrumento vinculante en materia de mediación internacional sería prematuro dado el estado actual de la cuestión en muchos Estados en los cuales la mediación se encontraba aún en su infancia.<sup>15</sup>

Sin embargo, dicho argumento colisionó precisamente con la motivación principal expresada por los Estados proponentes de arribar a una Convención y que era, justamente, que la materialización de un marco internacional era necesaria para promover el mayor desarrollo de la mediación en diferentes jurisdicciones.

## 6. EL MECANISMO *OPT-IN* DE LA CONVENCIÓN DE SINGAPUR: ¿EL FIEL DE LA BALANZA?

El artículo 5 de la Convención de Singapur podría aportar la variable clave que inclinaría la balanza en favor de la conveniencia de que el Perú se constituya en Estado parte.

Dicho artículo contiene las causales taxativas y acotadas previstas por la Convención que permitirían a una corte nacional denegar el reconocimiento o ejecución de una transacción internacional resultante de una mediación:

### Artículo 5.- Motivos para denegar el otorgamiento de medidas

1. La autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas de conformidad con el artículo 4 podrá negarse a otorgarlas a instancia de la parte contra la cual se solicitan, solo si esa parte suministra a la autoridad competente prueba de que:

- a) Una de las partes en el acuerdo de transacción tenía algún tipo de incapacidad;
- b) El acuerdo de transacción que se pretende hacer valer:
  - i. Es nulo, ineficaz o no puede cumplirse con arreglo a la ley a la que las partes lo hayan sometido válidamente o, si esta no se indicara en él, a la ley que considere aplicable la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas de conformidad con el artículo 4;
  - ii. No es vinculante, o no es definitivo, según lo estipulado en el propio acuerdo; o
  - iii. Fue modificado posteriormente;
- c) Las obligaciones estipuladas en el acuerdo de transacción:
  - i. Se han cumplido; o
  - ii. No son claras o comprensibles;
- d) El otorgamiento de medidas sería contrario a los términos del acuerdo de transacción;

<sup>15</sup> *Ibidem*.



- e) El mediador incurrió en un incumplimiento grave de las normas aplicables al mediador o a la mediación, sin el cual esa parte no habría concertado el acuerdo de transacción; o
- f) El mediador no reveló a las partes circunstancias que habrían suscitado dudas fundadas acerca de la imparcialidad o independencia del mediador y el hecho de no haberlas revelado repercutió de manera sustancial o ejerció una influencia indebida en una de las partes, la cual no habría concertado el acuerdo de transacción si el mediador las hubiera revelado.

Ahora enfoquémonos en la causal prevista en el artículo 5(1)(d), el cual permite a las partes excluir a cada transacción particular de la aplicación de la Convención.

En virtud del artículo 5(1)(d) de la Convención, a falta de acuerdo de exclusión la Convención se aplica. Dicho mecanismo es el llamado *opt-out* de la Convención, al cual ya nos refiriéramos líneas arriba y determina que a falta de previsión en contrario de las partes de la transacción, la Convención se aplica de manera supletoria e integral.

La alternativa al mecanismo *opt-out* es, por supuesto, el mecanismo *opt-in*, el cual se encuentra previsto en el numeral 1 literal b) del ya mencionado artículo 8 sobre reservas a la Convención de Singapur.

Cuando un Estado manifiesta su consentimiento de quedar obligado por la Convención de Singapur sujeto a la reserva prevista en el artículo 8.1(b), dicho Estado está señalando que aplicará la Convención únicamente cuando las partes en la transacción hayan acordado que se aplique.

¿Podría este mecanismo *opt-in* constituir la clave que permita al Perú decidir respecto a la conveniencia de ser un Estado parte de la Convención de Singapur? Creemos que hay buenas razones a fin de concluir que la flexibilidad que otorga la reserva del mecanismo *opt-in* a los Estados que la formulan, al pasar a ser parte de la Convención, debería ser suficiente a fin de calmar las ansiedades que puedan mantener frente a la incertidumbre respecto a las consecuencias de ser parte de la Convención de Singapur.

¿Cómo es que podemos llegar a dicha conclusión? Con base en los argumentos y en el análisis exhaustivo que hace el profesor Takahashi del artículo 5 de la Convención que contiene las causales de denegación del reconocimiento o ejecución de la Convención, existen riesgos de sobreaplicación y de subaplicación de la Convención de Singapur.<sup>16</sup> Por ejemplo, Takahashi apunta que las causales previstas en los incisos (1)(b)(ii), (1)(c)(ii) y (1)(d) del artículo 5 determinarían el riesgo de subaplicación de la Convención.

Estas causales corresponden a que los términos de la transacción no sean vinculantes (1[b][ii]), que las obligaciones estipuladas en el acuerdo de transacción no sean claras o comprensibles (1[c][ii]) y cuando el otorgamiento de medidas sea contrario a los términos del acuerdo de transacción (1[d]).

Siempre conforme a Takahashi, estas tres causales podrían fácilmente entrar en conflicto con las expectativas o asunciones de las partes de una transacción que, en el fondo no desean o no esperan que dicha transacción sea tratada de manera diferente a cualquier contrato, sin los efectos de ejecutabilidad directa que adquiere en virtud de la Convención, especialmente si dicha transacción resulta de carácter complejo. Dicha intención de las partes se vería reforzada, según el mismo autor, por el hecho de que muchas veces cuando las partes concilian dejan de lado consideraciones estrictamente jurídicas y buscan un acuerdo flexible de cara al futuro de la relación comercial, teniendo en cuenta intereses más amplios que aquellos únicamente legales.

---

<sup>16</sup> TAKAHASHI, Koji. *Op. cit.*, pp. 65-80.

The parties engaged in a mediation sometimes decide to cast aside their respective legal arguments and construct a future-oriented arrangement in furtherance of their wider interests. What they undertake to do is essentially the negotiation of a new contract of which an agreement to terminate the dispute forms part, possibly a small part. The parties to the resulting MSA may have no expectation or assumption that it should receive any different treatment from an ordinary contract.<sup>17</sup>

Un riesgo adicional de subaplicación de estas tres causales de denegación de la Convención de Singapur viene dado por la incertidumbre sobre su interpretación por parte de las cortes nacionales en las que se buscará la ejecución de los acuerdos de transacción.

Es cierto que existen una serie de interpretaciones de la Convención que buscan minimizar este riesgo, por ejemplo, aquella que entiende que la restricción en la denegación de la ejecución conforme al inciso (1)(b)(ii) del artículo 5 (el acuerdo de transacción que se pretende hacer valer no es vinculante, o no es definitivo, según lo estipulado en el propio acuerdo) se encuentra estrictamente imitada por la literalidad del acuerdo de transacción:

It has been suggested that the «according to its terms» restriction under Article 5(1)(b)(ii) should be read as meaning that a court may only look at what is explicitly stated within the four corners of the MSA; that Article 5(1)(c)(ii) should be considered to apply only in what will be a fairly unlikely situation where the MSA is so confusing or ill-defined that the court could not confidently enforce it; and that Article 5(1)(d) should be considered to apply only to the situations where enforcing an MSA would be directly inconsistent with its terms.<sup>18</sup>

Sin embargo, en la visión de Takahashi la incertidumbre persiste porque finalmente será la interpretación de cada corte nacional la que dirima el asunto en cada caso concreto.

A su vez, el artículo 5(1)(e) de la Convención de Singapur constituye un ejemplo de riesgo de sobreaplicación. El referido artículo contiene la causal de denegación motivada en una seria falta del mediador por incumplimiento de las normas aplicables a él mismo o a la mediación: «El mediador incurrió en un incumplimiento grave de las normas aplicables al mediador o a la mediación, sin el cual esa parte no habría concertado el acuerdo de transacción».

Los estándares a los que estaría haciendo referencia este inciso serían aquellos que se refieren a la independencia e imparcialidad del mediador, confidencialidad y trato justo de las partes. También, conforme a Takahashi, existen tres líneas de críticas en contra de esta provisión de la Convención: su cuestionable necesidad, el gran nivel de incertidumbre respecto a su interpretación y una serie de efectos nocivos para la mediación como institución:

As will be seen below, this provision is problematic. Firstly, whether it is needed is questionable. Secondly, there is a great deal of uncertainty over how the courts will interpret it. Thirdly, it may have deleterious effects on the important attributes of mediation: thus, it may breed «due process paranoia»; it incubates the risk of depriving mediation of diverse approaches; and it may undermine the confidentiality of mediation.<sup>19</sup>

Analicemos con mayor detalle la segunda y la tercera de estas líneas conceptuales.

Conforme a la primera de estas líneas, existiría entonces un gran nivel de incertidumbre respecto a la aplicación del artículo 5(1)(e) debido a que no existen estándares internacionales objetivamente aplicables a toda mediación o, en todo caso, su identificación no sería tarea sencilla.

Takahashi reconoce que existe un argumento que busca neutralizar esta incertidumbre afirmando que la interpretación correcta del artículo 5(1)(e) pasa por la efectiva existencia de estándares «aplicables», por ejemplo, cuando las partes han hecho referencia a dichos estándares ya sea acordados

<sup>17</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 67.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 72.

por ellas mismas o por estar incluidos en marcos institucionales a los que se haya remitido la mediación.

Takahashi también reconoce que dicha interpretación es plausible, pero apunta que no se puede decir categóricamente que sea la interpretación definitiva del referido inciso 1 del artículo 5, por lo que la incertidumbre respecto a su aplicación por cortes nacionales subsiste.

La segunda línea conceptual que analizaremos aquí será aquella referida a la denominada «paranoia del debido proceso», fenómeno similar al que se presenta en el mundo del arbitraje y que constituye una fuente de preocupación creciente y constante en dicho marco como un obstáculo para alcanzar su pleno potencial.

Como señaláramos líneas arriba, el artículo 5(1)(e) señala como causal de denegación de ejecución al incumplimiento grave de las normas aplicables al mediador o a la mediación, lo que podría llevar a un celo y preocupación excesivos del mediador respecto a su conducta en la mediación, inhibiéndolo en sus actuaciones y creatividad. Dicho efecto restrictivo y paralizante perjudicaría, sin duda, el desarrollo de la mediación como institución:

The state of mind just described would be the mediations version of «due process paranoia», a phenomenon which is widely known in arbitration. In arbitration, it is considered to be a cause for the prolongation of proceedings and the escalation of costs. The same problem would infest mediation if such paranoia sets in. Since the strength of mediation lies in its speed and cost effectiveness, «due process paranoia» would be more damaging in mediation than in arbitration.<sup>20</sup>

Estas dos críticas respecto al inciso (1)(e) del artículo 5 de la Convención de Singapur configuran, entonces, situaciones en las que la Convención se aplicaría más allá de su interpretación óptima y más eficiente.

Conforme apuntáramos líneas arriba, frente a esta incertidumbre respecto a las posibles interpretaciones de la Convención, e incluso frente a la posibilidad de interpretar la Convención de manera que exceda o sea insuficiente en relación con la intención e interpretación de las partes de la transacción, cobra real dimensión la posibilidad de otorgar justamente a dichas partes la llave de la aplicación de la Convención de Singapur. Esto es, justamente, lo que permite la reserva o mecanismo *opt-in* previsto en el artículo 8 de la Convención.

Un último argumento que creemos vale la pena considerar es el que presenta la abogada Jan O'Neill en contra de la conveniencia de la reserva *opt-in*. Esta crítica presenta como línea de ataque la especulación de que la reserva *opt-in* determinaría un impacto negativo en el número final de Estados parte de la Convención y, por ende, en la extensión de su aplicación:

However, the more fundamental objection to the opt-in is its potential to limit the overall extent to which the Convention will apply globally. Giving parties (in some States) the discretion whether to apply it seems to risk it being applied in a patchy fashion, contrary to the basic objective of establishing a comprehensive regime under which mediated settlements are widely enforceable. There must be some doubt whether the New York Convention would have achieved what it has for the status of international arbitration if it only applied where parties had specifically opted in to the regime.<sup>21</sup>

Este argumento no convence, sin embargo, debido a que resulta circular. Prejuza sobre una limitación en el alcance de la Convención por la presencia de un mecanismo de reservas que, como toda reserva, busca más bien darle flexibilidad y una membresía más extendida a la Convención.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 77.

<sup>21</sup> O'NEILL, Jan. «The new Singapore Convention: will it be the New York Convention for mediation?». En *Thomson Reuters Practical Law Dispute Resolution Blog*, 19 de noviembre del 2018. Recuperado de <<http://disputeresolutionblog.practicallaw.com/the-new-singapore-convention-will-it-be-the-new-york-convention-for-mediation>>.

O'Neill no explica, ni resulta evidente, por qué un Estado que se encuentra convencido de ser parte de la Convención sin recurrir a la reserva se vea desincentivado porque otros Estados sí la aplican, o por qué un Estado que esté considerando ser parte de la Convención sin la reserva se convenza de no ser parte porque otros Estados sí presentan la reserva, en lugar de pasar a ser parte de la Convención, invocando la reserva también.

Incluso, la propia O'Neill termina por reconocer las limitaciones de su especulación:

However, while the opt-in reservation has the potential to restrict the new regime's scope in practical terms, it remains to be seen whether this will in fact limit its success in promoting the status of mediation.<sup>22</sup>

## 7. CONCLUSIONES

Como todo tratado o acuerdo internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación o Convención de Singapur sobre la Mediación nos revela luces y sombras.

Frente al consenso mayoritario del gremio profesional de abogados que ve en la Convención un instrumento muy positivo y un digno acompañante para partir plaza con la Convención de Nueva York de 1958, se yerguen voces tanto en el ámbito profesional como de la academia que pretenden alertar de que la Convención resulta desde superflua hasta insuficiente.

Es cierto que la Convención no gozó del consenso político necesario para incluir textualmente las palabras «reconocimiento» y «ejecución» que constituyen la esencia del objetivo de la Convención: lograr un marco internacional armonizado para el reconocimiento y ejecución de acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación.

Por otro lado, no es menos cierto que el efecto esencial del reconocimiento y ejecución de las transacciones que es el oponer plenamente a las cortes nacionales dichos acuerdos de transacción sí se encuentra recogido tanto en el texto como en el espíritu de la Convención.

Las críticas, sin embargo, parten de esta realidad de que las palabras «reconocimiento» y «ejecución» no han sido recogidas explícitamente por la Convención de Singapur para apuntar que la redacción de las diferentes disposiciones que pretenden llenar este vacío generan incertidumbre respecto a la interpretación de la Convención que podría, a su vez, traer efectos no previstos o directamente no deseados por las partes de una transacción.

Esta situación pondría el peso de la decisión para el Perú respecto a la conveniencia de la adhesión a la Convención sobre las bondades del mecanismo de reserva *opt-in* que deja en manos de las partes en la transacción la llave de la aplicación de la Convención.

Todo indica que dicha llave sí funcionaría para restaurar el equilibrio entre las potenciales ventajas esperadas de la Convención y la incertidumbre que se centraría en la aparición de interpretaciones que puedan contradecir la voluntad de las partes en las transacciones.

Por ello, resulta razonable que la apuesta del Perú de ser parte de la Convención de Singapur se apoye en la reserva *opt-in* que funcione como eventual contrapeso ante las posibles desventajas o insuficiencias de la redacción de la Convención que determinen su subaplicación o sobreaplicación.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*.

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL - CNUDMI. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación* (2018). Recuperado de <[https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial\\_conciliation](https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation)>.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL - CNUDMI). *Situación actual: Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación*. Recuperado de <[http://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](http://uncitral.un.org/es/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status)>.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL - CNUDMI. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (New York, 2018) (the «Singapore Convention on Mediation»)*. Recuperado de <[https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements](https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements)>.

O'NEILL, Jan. «The new Singapore Convention: will it be the New York Convention for mediation?». En *Thomson Reuters Practical Law Dispute Resolution Blog*, 19 de noviembre del 2018. Recuperado de <<http://disputeresolutionblog.practicallaw.com/the-new-singapore-convention-will-it-be-the-new-york-convention-for-mediation>>.

SCHNABEL, Timothy. «The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements». En *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2019, n.º 19.

SILVESTRI, Elisabetta. «The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?». En *Revista Eletronica de Direito Processual - REDP*, 2019, n.º 2, vol. 20, año 13.

TAKAHASHI, Koji. «Enforcement of Mediated Settlement Agreements under the Singapore Convention and the UNCITRAL Model Law: An Argument for the Opt-In Model». En *Comparative Law Yearbook of International Business*, 2019.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, segunda edición.



# LOS MITOS DE LA CLÁUSULA PENAL

Freddy Escobar Rozas\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Ideas sobre la justicia.— 2.1. Justicia correctiva.— 2.1.1. La virtud.— 2.1.2. La justicia.— 2.1.2.1. Justicia distributiva.— 2.1.2.2. Justicia correctiva.— 2.2. Justicia funcional.— 2.2.1. El daño.— 2.2.2. La sanción.— 2.3. Comparación.— 3. Primer mito.— 3.1. Resarcir.— 3.2. Disuadir.— 4. Segundo mito.— 4.1. Responsabilidad.— 4.2. Artículo 1328 del Código Civil.— 4.3. Consecuencias ulteriores.— 5. Reconstrucción.— 5.1. Función.— 5.2. Control legal.— 6. Conclusión.— 7. Literatura.

## 1. INTRODUCCIÓN

La cláusula penal posee una estructura simple: «Si se incumple la obligación x, entonces se paga la penalidad y».

A pesar de su sorprendente claridad, la cláusula penal es objeto de mitos que oscurecen su propósito: (i) el mito de las múltiples funciones (p. ej. función resarcitoria, función disuasiva); y, (ii) el mito de la limitación de responsabilidad.

Los mitos indicados permiten (a) distorsionar la ley; y, (b) afectar gravemente el sentido de la cláusula penal. En este artículo describiré los errores conceptuales que esconden esos mitos y explicaré por qué la cláusula penal debe ser aplicada incluso en caso de incumplimiento con dolo o con culpa grave.

## 2. IDEAS SOBRE LA JUSTICIA

Para entender el error del primer mito, es preciso revisar (aunque sea de manera simple y superficial) dos ideas centrales de la teoría legal: (i) la idea de justicia correctiva; y (ii) la idea justicia funcional.

### 2.1. *Justicia correctiva*

La idea de justicia correctiva es una respuesta crítica a la obra Platón. Siguiendo el modelo legal imperante en la época (p. ej. el Código de Hammurabi), Platón propone que las consecuencias de los actos ilícitos incorporen dos componentes: (i) uno de carácter resarcitorio; y, (ii) otro de carácter disuasivo. En efecto, en las páginas de *Las Leyes* se lee lo siguiente:

[...] todo el que, traspasando los linderos, trabaje como suyo el campo de su vecino, pagará el daño: y para curarle su impudencia y la bajeza de sus sentimientos, pagará además el doble del daño al que le ha sufrido [...]. (Platón, 1872, p. 148)

En el pasaje citado, Platón defiende la idea de que la justicia (rectificatoria) imponga una «pena» que, en términos cuantitativos, supere a la pérdida sufrida por la víctima. ¿Por qué? Pues porque Platón

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Leyes por la Universidad de Harvard. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP.

considera que esa «pena» ha de cumplir dos funciones: (i) compensar a la víctima por el daño ocasionado por el acto injusto; y, (ii) desincentivar al agresor a cometer en el futuro el acto en cuestión.

Para compensar a la víctima, la «pena» ha de incorporar el monto del daño indicado. Para desincentivar al agresor, la «pena»; ha de incorporar una suma (apropiada) que motive la reflexión del agresor en torno a su comportamiento. Por consiguiente, si B intencionalmente destruye un activo de C valorado en \$ 500, el juez debe imponer a B una pena de \$ 1500: (i) \$ 500 servirán para restituir el activo en cuestión y \$ 1000 servirán para motivar una reflexión en torno a la conducta violenta. Como es evidente, Platón aboga por remedios «supercompensatorios».

Aristóteles reacciona contra Platón y proclama que las consecuencias de los actos ilícitos solo incorporan un componente: el de carácter resarcitorio. Para justificar su idea revolucionaria, Aristóteles ofrece un *excursus* metafísico que influenciará para siempre la teoría de la justicia.

### 2.1.1. La virtud

Aristóteles piensa que el ser humano está compuesto por «cuerpo» y «alma».<sup>1</sup> Asimismo, Aristóteles piensa que el «alma» está formada por tres partes: (i) una parte que razona; (ii) una parte que no razona, pero que tiene la capacidad de «escuchar» o «seguir» a la parte que razona; y, (iii) una parte (mecánica, física, orgánica) que no razona ni tiene la capacidad de «escuchar» o «seguir» a la parte que razona.

Aristóteles considera que para que el ser humano cumpla su función con excelencia no es preciso que desarrolle «virtudes físicas», sino «virtudes del alma»: las relacionadas con (a) la parte que razona («virtudes intelectuales»); y (b) la parte que no razona, pero que tiene la capacidad de «escuchar» o «seguir» a la parte que razona («virtudes de carácter»). Un hombre brillante pero cobarde no alcanza la *eudaimonia*.<sup>2</sup> Del mismo modo, un hombre torpe pero valiente tampoco alcanza la *eudaimonia*. Solo un hombre que posea «virtudes intelectuales» y «virtudes de carácter» alcanza la *eudaimonia*.

La idea aristotélica de justicia se encuentra relacionada a la «virtud de carácter». Por tanto, todas las referencias sucesivas a la «virtud» han de ser entendidas a la «virtud de carácter».

De acuerdo con Aristóteles, la parte del «alma» que no razona, pero que tiene la capacidad de «escuchar» o «seguir» a la parte que razona posee tres componentes: (i) «afecciones»; (ii) «capacidades»; y, (iii) «estados»:

[...] dado que lo que se origina en el alma es de tres clases: afecciones, capacidades y estados, la virtud sería una de estas cosas. Y llamo «afecciones» al deseo, la ira, el miedo, la audacia, la envidia, la alegría, la amistad, el odio, la pasión, el celo, la piedad —en general aquellas a las que acompaña placer o dolor—. «Capacidades» son aquellas en virtud de las cuales se dice que podemos experimentar las anteriores: por ejemplo, aquellas en virtud de las cuales somos capaces de sentir ira, aflicción o piedad. «Estados» son aquellos en virtud de los cuales nos hallamos bien o mal respecto a las afecciones. Por ejemplo, con respecto al sentimiento de ira: si estamos en una disposición violenta o floja [...]. (Aristóteles, II, 5, 1105b)

Las «afecciones» son las respuestas que la referida parte del «alma» genera ante estímulos externos (emociones y sentimientos). Las «capacidades» son las potencialidades que la referida parte del «alma» posee para generar las respuestas indicadas. Los «estados» son los hábitos que la referida parte del «alma» posee para generar, bajo condiciones de estabilidad y coherencia, las respuestas en cuestión.

<sup>1</sup> «Plato admittedly regarded the soul as an incorporeal substance, which was capable of independent existence apart from the body: this was the basis of his belief in reincarnation and immortality of the soul. But whereas Aristotle agreed with Plato that the soul is not a body -because the soul activates the body, it must be something different from it- he generally resisted the conclusion that the soul is therefore a substance that can exist on its own apart from the body» (Pakaluk, 2008, pp. 90-91).

<sup>2</sup> «*Eudaimonia* was a popular term, not a technical term in philosophy, which meant literally to be blessed by a spirit or god, or to be blessed as regards one's own spirit. Since the term involves the notion of blessing, it carried along with it suggestions of prosperity and good fortune (*eutuchia*) – 'making out well'. It is typically translated into English as 'happiness', although some commentators prefer 'flourishing', 'doing well' or even 'fulfillment'» (Pakaluk, 2008, p. 48).



Aristóteles piensa que las virtudes no son «afecciones» ni «capacidades», sino más bien «estados»:

Ahora bien, ni las virtudes ni los vicios son afecciones, porque no se dice que somos buenos o malos en razón de las afecciones, sino en razón de las virtudes y los vicios. También porque no recibimos elogios ni censuras en razón de las afecciones (en efecto, ni el que tiene miedo ni el que siente ira reciben elogios; ni recibe censuras el que siente ira sencillamente, sino el que la siente de una manera determinada), sino que recibimos elogios o censuras en razón de las virtudes y los vicios. Más todavía: sentimos ira y temor no por elección, mientras que las virtudes son actos de elección o no se dan si elección [...] Por estas razones tampoco son capacidades, porque, en efecto, no se dice que seamos buenos ni malos por ser capaces de tener sencillamente afecciones, ni recibimos elogios ni censuras. Aún más: es por naturaleza como tenemos capacidades, pero en cambio, no somos buenos o malos por naturaleza [...] Por consiguiente, si las virtudes no son ni afecciones ni capacidades, solo queda que sean estados. (Aristóteles, II, 6, 1106a)

¿Qué son los «estados»? Según Aristóteles, los «estados» son «hábitos», esto es, modos de proceder que muestran o implican la «predisposición» general de actuar de cierta manera. Los «estados», por lo tanto, requieren constancia, estabilidad.

¿En qué consisten esos «estados»? Aristóteles considera que los «estados» que representan las diversas virtudes son aquellos que evitan los «extremos», las «distorsiones». En otras palabras, los «estados» en cuestión son aquellos que se alejan, de forma equidistante, tanto de los «excesos» como de las «deficiencias». Nace de esta forma la teoría de la virtud como acción o emoción «intermedia»:

[...] la virtud [es] un estado electivo que se encuentra en la condición de media relativa a nosotros [...] Y es una mediedad entre dos vicios: el uno por exceso, el otro por defecto. Y lo es por el hecho [de] que los unos se quedan cortos y los otros exceden lo conveniente tanto en las afecciones como en las acciones, mientras que la virtud encuentra y elige el término medio. (Aristóteles, II, 6, 1107a)

La virtud, en consecuencia, consiste en poseer el hábito de responder de manera equitativa, de optar no por las acciones o emociones extremas (vicios), sino por las que se encuentren equidistantes a esas acciones o emociones (deficientes o excesivas).<sup>3</sup>

En esta línea, constituyen virtudes (1) poseer la tendencia general de optar por el «coraje», pues este estado se distancia, de manera equitativa, de la «cobardía» (defecto) y de la «temeridad» (exceso); o, (2) poseer la tendencia general de optar por la «magnificencia», pues este estado se distancia, de manera equitativa, de la «pusilaminidad» (defecto) y de la «jactancia» (exceso).

Aristóteles es consciente de que las acciones y las emociones son complejas en la medida en que involucran diversos elementos: sujeto, objeto, instrumento, manera, tiempo, propósito.<sup>4</sup> Cada uno de esos elementos puede tender hacia alguno de los vicios. Por tanto, la virtud supone tener la predisposición de equilibrar cada uno de esos elementos en función de las circunstancias de cada caso:<sup>5</sup>

[...] sentir miedo, audacia, deseo, ira o piedad, o, en general, sentir placer o dolor es posible en mayor o menor grado —y en ambos casos ello no está bien—. Pero sentirlo «cuando» y «en los

<sup>3</sup> «A moral virtue is defined as a state of character, concerned with choice, lying in a mean, where the mean is relative to the agent and is determined by reason – in the way, Aristotle says, in which the person of practical wisdom would determine it» (Korsgaard, 1986, p. 261). «[...] Aristotle maintains that each virtue is associated with two vices. He rejects the common view that each virtue has a single opposite. He also maintains that the right quantity for each parameter is a mean. Each virtue is medial with respect to all relevant parameters; each vice is too little or too much of some parameter» (Curzer, 1996, p. 130).

<sup>4</sup> «[...] each virtue is a disposition for getting several parameters right. The parameters differ somewhat from virtue to virtue, but in each case they can vary independently [...] For example, good temper, the virtue concerned with anger, involves the following facets of anger: (a) frequency, (b) objects, (c) people, (d) amount, and (e) duration» (Curzer, 1995, p. 218).

<sup>5</sup> Veinte siglos más tarde, Jeremy Bentham ensaya una fórmula similar para determinar la eficiencia (y, por ende, la moralidad) de una acción. Según el filósofo inglés, esa eficiencia depende de siete factores: (i) «intensidad»; (ii) «duración»; (iii) «certeza»; (iv) «proximidad»; (v) «fecundidad»; (vi) «puridad»; y, (vii) «extensión». La «intensidad» mide la fuerza de la acción. La «duración» mide la proyección temporal de la acción. La «certeza» mide la probabilidad de la acción. La «proximidad» mide la distancia temporal de la acción con relación al presente. La «fecundidad» mide la capacidad de la acción de producir efectos similares subsecuentes. La «puridad» mide la capacidad de la acción de no producir efectos contrarios subsecuentes. La «extensión» mide la proyección material de la acción.

casos en que» y «con respecto a quienes» y «para lo que» y «como» se debe, eso es el término medio y lo mejor —lo cual es propio de la virtud—. (Aristóteles, II, 6, 1106b)

En consecuencia, la virtud no impide sentir temor, tristeza o ira. El ser humano virtuoso puede sentir temor, tristeza o ira, pero en una intensidad «apropiada», por un lapso «apropiado», a causa de una razón «apropiada».

Obrando de manera virtuosa, esto es, respondiendo de forma «equitativa», sin abrazar los extremos (vicios), el ser humano puede cumplir con excelencia su función y alcanzar el «bien» (*eudaimonia*).<sup>6</sup>

### 2.1.2. La justicia

Aristóteles reconoce la existencia de diversas virtudes: coraje, magnificencia, templanza, generosidad, indignación, etc. La más apreciada, debido a su carácter «interpersonal», es la de proceder con justicia:<sup>7</sup> «[...] la justicia es la más sobresaliente de las virtudes [...] ni el lucero vespertino ni el matutino son más admirables» (Aristóteles, V, 1, 1129b).

Aristóteles distingue dos tipos de justicia: (i) la «general»; y, (ii) la «particular». Ambas son «relacionales», esto es, requieren la existencia de vínculos interpersonales en el contexto de una comunidad.<sup>8</sup>

La justicia general consiste en mostrar una disposición de actuar de manera virtuosa con uno mismo y con los demás.<sup>9</sup> La justicia particular consiste en mostrar una disposición de actuar de forma virtuosa en las relaciones interpersonales que involucran recursos externos (p. ej. bienes o dinero).<sup>10</sup> Aristóteles piensa que la justicia general no es una virtud sino un «conglomerado de virtudes en acción». Por tanto, decide enfocar su atención en la justicia particular.<sup>11</sup>

¿En qué sentido esta clase de justicia es una virtud? ¿Qué disposición ha de mostrar un hombre para ser «justo»?

<sup>6</sup> «*Eudaimonia* is therefore 'an activity or actions of the soul implying rational principle' performed well, which is to say 'in accordance with the appropriate *arete* (virtue or excellence)' (Korsgaard, 1986, p. 259).

<sup>7</sup> «Aristotle's discussion of the human good arrives in its early stages at the proposal that happiness is 'an activity of the soul in accord with virtue, and if there are several virtues, then in accord with the best and most complete one' and this 'in a complete life'. Justice is one of two of moral virtues that is said to be complete. The other moral virtue said to be complete is greatness of soul» (Guest, 2017, p. 6).

<sup>8</sup> Siguiendo la metodología propuesta en «Tópicos», Aristóteles piensa que la «justicia» ha de ser definida en función de los efectos del «estado opuesto»: la «injusticia». Aristóteles reconoce que el término «injusto» puede ser empleado a fin de representar (i) a una «persona sin principios», que actúa al margen de la ley, así como (ii) a una «persona avara», que toma más de lo que corresponde, que no se conforma con un reparto equitativo, proporcional, de los recursos. Con base en esta dualidad de sentidos, Aristóteles concluye que existen dos clases de «injusticia» (y, por ende, dos clases de «justicia»). La primera supone actuar al margen de la ley. La segunda supone actuar al margen de la equidad, de la proporcionalidad. La «justicia general», que supone actuar con principios, respetando la ley, se opone a la primera clase de «injusticia». La «justicia particular», que supone actuar con equidad o proporcionalidad respecto a los recursos, se opone a la segunda clase de «injusticia».

<sup>9</sup> «The general or 'wide' sense of justice [...] is complete virtue, or excellence in disposition, as manifested in our relations with others» (Wright, 1992, p. 688). «General justice is complete excellence -not absolutely, but in relation to others» (Curzer, 1995, p. 209). «General justice includes all of the particular virtues exercised towards other people [...] It seems that Aristotle understands general justice as being in some sense concerned with the common good» (McKerlie, 2001, p. 124).

<sup>10</sup> «Justice in its particular sense is the disposition to choose the equal, intermediate, or mean between excess and deficiency in one's relations with others that involve claims to goods» (Wright, 1992, p. 689). «Special justice is concerned with honor and wealth and other things that can be divided among the citizens of the state» (McKerlie, 2001, p. 122).

<sup>11</sup> «[...] one sort of justice involves being principled and lawful, and the other form of justice involves not being greedy and not trying to get something from nothing: in short, observing a kind of equality in one's dealings with others [...] The first sort of justice, Aristotle says, is not really a single state of character, but rather all of the virtues [...] That explains why he is not, after all, particularly interested in this sense of 'justice' [...]» (Pakaluk, 2008, p. 188).

### 2.1.2.1. Justicia distributiva

Aristóteles parte de la premisa de que la justicia particular es una virtud «relacional»,<sup>12</sup> esto es, una virtud que requiere ser definida en función de las «posesiones» que B tenga *vis-à-vis* con respecto a C.<sup>13</sup> A diferencia de otras virtudes (p. ej. la amistad), la justicia particular no requiere muestras de solidaridad o de interés en el otro. La justicia particular es una virtud que toma en consideración el interés propio (en relación *vis-à-vis* con el interés de otro).

En términos hipotéticos, existen dos posibles escenarios: (i) que B y C sean «iguales»; y, (ii) que B y C sean «no iguales». En el primer escenario, las posesiones de B y C han de ser iguales también,<sup>14</sup> mientras que, en el segundo escenario, las posesiones de B y C han de ser no iguales también. Si resulta que en el primer escenario las posesiones de B y C son desiguales, entonces existe un exceso (B recibe más de lo que le corresponde) o un defecto (C recibe menos de lo que le corresponde). De igual modo, si resulta que en el segundo escenario las posesiones de B y C son iguales, entonces, una vez más, existe un exceso (B recibe más de lo que le corresponde) o un defecto (C recibe menos de lo que le corresponde).

La existencia de los excesos y de los defectos descritos es la causa de las controversias judiciales: «[...] de aquí se originan disputas y litigios cuando los iguales no tienen, ni se reparten, partes iguales, o los no iguales tienen, o se reparten, partes iguales» (Aristóteles, V, 2, 1131a).

Para que las posesiones de B y C sean justas en cada escenario (igualdad y no igualdad) es preciso que no presenten «excesos» ni «deficiencias» o, en otras palabras, es preciso que resulten «equitativas».

¿Qué fórmula garantiza la ausencia de «excesos» y de «deficiencias»? Según Aristóteles, la fórmula de la proporción geométrica: «[...] lo justo es una cierta proporción [...] la proporción es una igualdad de “ratios” [...]» (Aristóteles, V, 2, 1131a).

La fórmula en cuestión se compone de tres elementos: (i) los recursos o beneficios a ser distribuidos; (ii) las personas que aspiran a obtener esos recursos o beneficios; y, (iii) los criterios (sustantivos) de asignación de esos recursos o beneficios entre esas personas. La interacción entre los elementos en cuestión ha de garantizar que (a) las personas obtengan los recursos o beneficios de acuerdo con (b) el «resultado proporcional» generado por (c) el criterio de asignación elegido («equidad geométrica»).

Imaginemos que B, C, D y E logran generar de manera conjunta ganancias por \$ 100 y que el criterio de asignación de esas ganancias es la «cantidad de horas trabajadas». Imaginemos, además, que B, C, D y E trabajan, en conjunto, 100 horas (100 %) de acuerdo con el siguiente detalle: B trabaja 40 horas (40 %), C trabaja 30 horas (30 %), D trabaja 20 horas (20 %) y E trabaja 10 horas (10 %). Si la distribución de las ganancias en cuestión se realiza de forma «proporcional», entonces B ha de recibir \$ 40 (\$ 100 x 40 %), C ha de recibir \$ 30 (\$ 100 x 30 %), D ha de recibir \$ 20 (\$ 100 x 20 %) y E ha de recibir \$ 10 (\$ 100 x 10 %).<sup>15</sup>

<sup>12</sup> «[...] because justice is other-directed, the just applies to the relationship among persons, rather than to a person considered singly» (Weinrib, 1995, p. 60).

<sup>13</sup> Estas posesiones, evidentemente, se proyectan sobre recursos finitos que generan «consumo rival» y, por tanto, deben ser distribuidos en función de algún criterio sustantivo relevante. La justicia distributiva es irrelevante respecto de posesiones que se proyectan sobre recursos infinitos, que no generan «consumo rival» (p. ej. libertad).

<sup>14</sup> Si tanto el exceso como el defecto suponen «desigualdad», entonces el término medio supone «igualdad»: «Y puesto que el injusto es no igualitario y lo injusto es desigual, evidentemente hay también un término medio de lo desigual, y este es lo igual. En efecto, en aquella actividad en la que se da lo más y lo menos, también se da lo igual. Por consiguiente, si lo injusto es desigual, lo justo es igual» (Aristóteles, V, 2, 1131a).

<sup>15</sup> «To be just, such distribution must satisfy the criterion of equality understood in terms of geometrical proportion -an equality of ratios. All individuals in the political community are measured against some distributive criterion (e.g. merit or need), and goods or advantages are allocated to different individuals in the same proportion as their respective measures. For example, if the distributive criterion is merit, and Ann is twice as meritorious as Bob, Ann should have twice as much of the goods or advantages in the

La justicia distributiva, en consecuencia, no requiere que B, C, D y E reciban la misma cantidad de dinero. Si tal cosa ocurre, entonces el criterio de asignación de ganancias es ignorado, por lo que los «no iguales» son tratados como «iguales», por lo que unos reciben «más de lo debido» y otros reciben «menos de lo debido», por lo que se generan vicios (excesos y deficiencias) y no virtudes.

Como nota Pakaluk: «As Aristotle points out, justice does not consist in giving equal portions to everyone, because people will rightly be indignant, not only if equals get unequal shares, but also if unequals get equal shares» (Pakaluk, 2008, p. 193).

Para Aristóteles, pues, la justicia distributiva, en tanto «virtud relacional», requiere, precisa, «igualdad» si y solo si esa «igualdad» es concebida en términos geométricos, esto es, si y solo si esa «igualdad» es proyectada sobre «proporciones».

Si (1) B trabaja 40 horas y recibe \$ 40 y (2) C trabaja 30 horas y recibe \$ 30, entonces existe «igualdad proporcional», pues cada «unidad» de la medida proporcional (1 hora de trabajo) posee, para B y para C, el mismo valor (\$ 1). Pero si (3) D trabaja 20 horas y recibe \$ 20 y (4) E trabaja 10 horas y recibe \$ 20, entonces no existe «igualdad proporcional», pues cada «unidad» de la medida proporcional (1 hora de trabajo) posee un valor para D (\$ 1) y otro para E (\$ 2). Solo en el primer caso existe una distribución justa del dinero.

En consecuencia, la justicia distributiva no exige que todas las personas obtengan la misma cantidad de recursos, sino solamente que las personas que exhiben el mismo mérito obtengan la misma cantidad de recursos.

### 2.1.2.2. Justicia correctiva

Al describir la justicia particular Aristóteles afirma lo siguiente:

De la justicia parcial y de lo justo conforme a esta, una es la especie que se da en las distribuciones de honores, dinero o cuantas cosas son divisibles entre los que participan en una comunidad política (pues en estas es posible que uno tenga una parte desigual o una igual que otro) y otra es la especie que pone orden en las transacciones. (Aristóteles, V, 2, 1131a)

La primera forma de justicia particular es la justicia distributiva, que permite asignar de forma proporcional los recursos o beneficios entre las personas. La segunda forma de justicia particular es la justicia correctiva, que permite «poner orden» en las transacciones (*sunallagamata*).

¿Por qué es necesario «poner orden» en las transacciones? Pues porque, según Aristóteles, en determinadas ocasiones las personas realizan acciones («injustas») que generan «perjuicios» y «beneficios» y, por ende, que alteran el equilibrio *vis-à-vis* preexistente. Aristóteles emplea estos dos últimos conceptos de forma laxa:

Cuando uno recibe un golpe y otro da un puñetazo —o bien cuando uno mata y otro muere— el obrar y el recibir están repartidos en partes desiguales; pero el juez intenta igualarlos con la pena eliminando la ganancia («ganancia» se aplica, por simplificar, a tales situaciones, por más que no sea un nombre adecuado para algunas, como, por ejemplo, para quien da un puñetazo; o el de «pérdida» al que lo recibe). De manera que lo igual es el medio entre lo más y lo menos, y la «ganancia» y la «pérdida» son más y menos en sentido contrario [...]. (Aristóteles, V, 4, 1132a)

[...] la «ganancia» y la «pérdida» son más y menos en sentido contrario: ganancia es más de lo bueno y menos de lo malo; y, lo contrario, pérdida. (Aristóteles, V, 3, 1132a)

---

community as Bob» (Wright, 1992, p. 691). «Norms of distributive justice are to be understood on the 'geometric' model of division. There are several potential holders of certain goods or ills and the question is how to divide the goods or ills up among them» (Gardner, 2011, p. 9).

Para Aristóteles, pues, las «ganancias» y las «pérdidas» generadas por una acción que altera el equilibrio preexistente no son, necesariamente, ganancias (incremento de activos) y pérdidas (disminución de activos) en sentido estricto (esto es, en sentido económico o financiero). Las «ganancias» y las «pérdidas» generadas por la acción en cuestión representan (i) la idea de una parte «obtiene más de lo bueno»; y, (ii) la idea de que otra parte «obtiene menos de lo bueno»: «[...] el que comete una injusticia tiene más, y el que la recibe tiene menos, de lo bueno» (Aristóteles, V, 4, 1131b).

En consecuencia, la ruptura del equilibrio preexistente supone *per se* que una parte recibe más de lo que corresponde respecto de lo «bueno» («ganancia») y otra parte recibe menos de lo que corresponde respecto de lo «bueno» («pérdida»). Lo «bueno» no necesariamente representa un activo con valor monetario. Lo «bueno» representa un estado en el que no existe «perjuicio» (p. ej. no existe agresión física, no existe robo, no existe engaño).

¿Por qué Aristóteles recurre a los conceptos antes indicados? Presumiblemente, porque las ideas representadas por los términos «ganancia» y «pérdida» constituyen, en el contexto griego, ideas análogas (y, por ende, funcionales) a las que Aristóteles tiene en mente al momento de explicar por qué el juez ha de imponer una «pena» (compensación) a fin de «igualar» (recomponer la situación de equilibrio preexistente) a los «no iguales» (al que obtiene más de lo debido y al que obtiene menos de lo debido).

Como indica Beever:

It is important to remember that Aristotle's work in this area, as in many others, was revolutionary. He either substantially reformed or invented outright a great many scholarly disciplines. Because of this, he must frequently have needed to communicate concepts for which no extant words were adequate. This presented him with a choice. He could either invented a neologism for the concept or he could extend the meaning of an existing term to cover that concept. Sometimes he did the former. But doing so as a matter of course is at best an uncomfortable strategy, as it is likely to render one's position unintelligible. Consequently, Aristotle often adopted the latter strategy [...] Accordingly, Aristotle adopted the Greek equivalents of «profit» and «loss» because they were the terms closest in meaning to his intention that he could find. (Beever, 2013, pp. 68-69)

Aristóteles define las transacciones como «situaciones de naturaleza relacional». Dichas situaciones pueden ser voluntarias o involuntarias. Las primeras coinciden con las operaciones contractuales, mientras que las segundas coinciden con las interferencias extracontractuales:

[...] entre las transacciones unas son voluntarias y otras involuntarias: voluntarias son, por ejemplo, venta, compra, préstamo, fianza, toma de préstamo sin interés, depósito, alquiler (se dicen voluntarias porque el punto de partida de estas transacciones es voluntario). Y entre las involuntarias unas son furtivas, como el hurto, el adulterio, el envenenamiento, la prostitución, la corrupción de esclavos, el asesinato, el perjurio —y otras violentas como la agresión, la detención, la muerte, el secuestro, la mutilación, la calumnia, la maledicencia—. (Aristóteles, V, 2, 1131a)

A diferencia de las situaciones involucradas en la justicia distributiva, que en función del «mérito» admiten la existencia de «personas iguales» y de «personas no iguales»,<sup>16</sup> las situaciones involucradas en la justicia correctiva solo admiten la existencia de «personas iguales».

En la medida en que las situaciones involucradas en la justicia correctiva suponen *per se* la existencia de «pérdidas», todas las personas se encuentran en situación de simetría con relación a la necesidad de eliminar los «excesos» y las «deficiencias»:

[...] nada importa si un virtuoso ha defraudado a un vicioso o un vicioso a un virtuoso; ni si ha cometido adulterio un virtuoso o un vicioso: la ley solo contempla la diferencia del perjuicio y los trata como iguales [...]. (Aristóteles, V, 3, 1132a)

<sup>16</sup> Las primeras son aquellas que poseen un «mérito» simétrico (B trabaja 10 horas; C trabaja 10 horas); mientras que las segundas son aquellas que poseen un «mérito» asimétrico (B trabaja 10 horas, C trabaja 5 horas).

Por consiguiente, si la parte agraviante posee virtudes (p. ej. coraje) y la parte agraviada posee defectos (p. ej. cobardía), la parte agraviante ha de compensar a la parte agraviada por la pérdida, pues para la justicia correctiva ambas partes son «iguales».<sup>17</sup>

La justicia correctiva, por tanto, requiere la evaluación de la acción y no de las condiciones personales de las partes que protagonizan la acción.<sup>18</sup>

Debido a que la justicia correctiva implica que las personas son iguales frente a la necesidad de eliminar las «pérdidas», el criterio de equidad a ser aplicado no puede ser geométrico, sino aritmético:<sup>19</sup> «[...] la justicia en las transacciones es en cierto modo igualdad (y la injusticia, desigualdad), pero no según aquella proporción, sino según la aritmética [...]» (Aristóteles, V, 3, 1132a).

¿De qué manera la equidad aritmética permite reconstruir una situación justa? La justicia correctiva opera ante un evento que produce una alteración de la relación *vis-à-vis* entre dos partes. Esa relación genera determinado estado de «equilibrio» o «igualdad». Si F posee \$ 50 (por trabajar 50 horas o por cualquier otra circunstancia) y G posee \$ 50 (por trabajar 50 horas o por cualquier otra circunstancia), entonces la relación *vis-à-vis* entre F y G presenta cierto equilibrio: \$ 50: \$ 50.<sup>20</sup>

La alteración de ese equilibrio provoca, por definición, «desigualdad»:

[...] cuando entre dos cosas iguales, a una se le sustrae algo y se añade a la otra, esta excederá a la primera en dos partes —pues si se le quita, pero no se añade, la excederá solo en una—. Luego excederá al medio en una parte y el medio excederá en una parte al objeto al que se le ha sustraído algo. (Aristóteles, V, 4, 1132b)

Si F sustrae \$ 10 de G, F pasa a poseer \$ 60, mientras que G pasa a poseer \$ 40. El equilibrio inicial (\$ 50 : \$ 50) desaparece. El nivel de posesiones de F excede (i) en \$ 20 el nivel de posesiones de G (\$ 60 - \$ 40 = \$ 20); y, (ii) en \$ 10 el nivel de posesiones de la «situación intermedia» ((\$ 60 - [\$ 60 + \$ 40 / 2] = \$ 10).

Aristóteles señala que la justicia correctiva es «igualdad» y que la «igualdad» es «término medio» entre ganancia y pérdida:

[...] lo igual es el medio entre lo más y lo menos, y la «ganancia» y la «pérdida» son más y menos en sentido contrario: ganancia es más de lo bueno y menos de lo malo; y, lo contrario, pérdida. De estos, lo igual es el término medio, lo cual decimos es justo. De manera que la justicia rectificatoria sería el término medio entre la pérdida y la ganancia. (Aristóteles, V, 3, 1132a)

¿Cómo recomponer la situación de igualdad alterada por la acción de F? Según Aristóteles, es preciso realizar la siguiente operación aritmética:

[...] quitarle a aquello que tiene más y [...] añadirle a lo que tiene menos: a lo que tiene menos hay que añadirle aquello en lo que el medio le excede y quitarle a lo más grande aquello en lo que el medio es excedido. (Aristóteles, V, 3, 1132a)

<sup>17</sup> «If, for example, the thief was a gentleman and the injured party a beggar —a member of an inferior class in the State— this difference of rank is nothing to the law [...] All the law is concerned with is that, of the parties before it, one has got an unfair advantage and the other has suffered an unfair disadvantage. There is, therefore, a wrong that needs redress —an inequality which has to be equalized» (Joachim, 1950, p. 144).

<sup>18</sup> «Let me say, speaking as a judge, that it is not natural to judge without respect to persons. It is a learned, and eventually a habitual, mode of proceeding rather than second nature. The natural way of proceeding is, precisely, to judge the persons and to take account of the act only insofar as it affects that judgment. It might be that A defrauded B, but did so in order to support A's starving family; and B is a miser, childless, ugly, and cruel, and moreover had mocked A for his poverty. Or perhaps A is a scientific genius who committed fraud to obtain funds for his research, and B is a pimp or a con man [...] In all of these cases, as in judging wrongs committed by members of our own families, our instinct is to judge the person and not (or not just) the deed: the opposite of what Aristotle recommends» (Posner, 1990, p. 317).

<sup>19</sup> En la medida en que el contrato es consecuencia de la autodeterminación de promitente y promisorio, la asignación de derechos que genera es justa.

<sup>20</sup> «[...] Aristotle conceives arithmetic equality in terms of a baseline that represents one party's rightful holding [...]» (Benson, 1992, p. 547).

En consecuencia, primero se debe determinar el «exceso» y la «deficiencia» con relación al «término medio». Posteriormente, se debe asignar a la persona que sufre la pérdida (injusta) la diferencia «positiva» existente entre (a) el «término medio» y (b) sus posesiones. Finalmente, se debe asignar a la persona que obtiene la ganancia (injusta) la diferencia «negativa» existente entre (a) el «término medio» y (b) sus posesiones. En el ejemplo hipotético:

Término medio: \$ 50 : \$ 50

F: \$ 60 : \$ 50 = + \$ 10 (exceso)

G: \$ 40 : \$ 50 = - \$ 10 (deficiencia)

Corrección:

G: \$ 50 : \$ 40 = + \$ 10 (asignación positiva)

F: \$ 50 : \$ 60 = - \$ 10 (asignación negativa)

Resultado:

G: \$ 40 + \$ 10 = \$ 50

F: \$ 60 - \$ 10 = \$ 50

La equidad aritmética es, pues, perfecta. La «situación intermedia» recompone la situación de equilibrio inicial. Gracias a dicha equidad, la corrección de la anomalía es virtuosa: elimina, de forma simétrica, tanto «excesos» como «deficiencias»: <sup>21</sup> «[...] a discrepancy between an initial and a resulting holding [...] constitute[s] [an] arithmetic inequality [...] The mean in corrective justice is nothing other than [the] initial holding [...]» (Benson, 1992, p. 541).

La ingeniosa construcción aritmética de Aristóteles tiene una función esencial: preservar el valor de la idea de justicia como virtud que muestra la disposición a obtener no más de lo que corresponde, no menos de lo que corresponde, sino solamente lo que corresponde. <sup>22</sup> A los ojos de los ciudadanos griegos del siglo IV a. C., esa construcción representa un cambio revolucionario en torno a las ideas la justicia rectificatoria.

Los conceptos de justicia distributiva y justicia correctiva son adoptados virtualmente por los más importantes filósofos no utilitaristas del mundo occidental. <sup>23</sup> Entre los más conspicuos seguidores de Aristóteles se encuentran, entre otros, Cicerón, Aquinas y Pufendorf.

## 2.2. *Justicia funcional*

La idea de justicia funcional surge como respuesta crítica a la obra Aristóteles. Siguiendo la línea inicial sugerida por Platón, Jeremy Bentham propone —otra vez— que las consecuencias de los actos ilícitos incorporen —en general— dos componentes: (i) uno de carácter resarcitorio; y, (ii) otro de carácter disuasivo.

<sup>21</sup> «The judge brings about equality, just as if a line had been divided into unequal segments, and that by which the greater exceeds half is taken away and this is added to the shorter segment. When the whole line is equally divided, people say that they have their own — when they have what is equal» (Brickhouse, 2014, p. 188).

<sup>22</sup> «Beneath the mathematical formulas intended to identify the “the equal” in distributive, corrective or reciprocal transactions is the simple point that “the nature” of justice is to be morally disposed to seek a proportionately equal share of what is choiceworthy both for others and for oneself» (Guest, 2017, p. 12).

<sup>23</sup> «The philosophic tradition for many centuries [...] was more obviously Platonic than Aristotelian. At least one strand of the tradition, however, which acquired great significance later, retained a cast that is fairly described as Aristotelian. That was the impulse to couple lofty, transcendent concepts of God or Nature or Reason with realistic descriptions of human reason and practice, as they supported and explained one another. The impulse is visibly, merely verbally, in Cicero’s formulation and, more productively, in Thomas Aquinas’ doctrine. And if one emphasizes the concrete and practical aspects of Aristotle’s thought, much later, when natural law purported not to depend on ontology at all, Aristotelianism might be said to have displaced Platonic tradition in natural law altogether» (Weinreb, 1987, p. 35).

Bentham, sin embargo, ensaya una justificación filosófica y económica ausente en la obra de Platón. Esa justificación desafiará, hasta nuestros días, las ideas aristotélicas sobre la justicia.

### 2.2.1. *El daño*

Bentham considera que la «razón de ser» del sistema legal es incrementar la felicidad de la comunidad, a través de la eliminación de los daños:

The general object which all laws have, or ought to have, in common, is to augment the total happiness of the community, and therefore, in the first place, to exclude, as far as it may be, every thing that tends to subtract from that happiness: in other words, to exclude mischief. (Bentham, 1780, p. 170)

We have seen that the general object of all laws is to prevent mischief [...]. (Bentham, 1780, p. 178)

¿Por qué Bentham considera que la razón de ser del sistema legal es eliminar los daños? La respuesta es obvia: porque los daños reducen el bienestar social. De esa respuesta obvia, sin embargo, Bentham deriva una proposición trascendente: un daño no solo afecta a la víctima; un daño, en realidad, afecta a toda la comunidad:

[the] mischief may frequently be distinguished, as it were, into two shares or parcels: the one containing what may be called the primary mischief; the other, what may be called the secondary. That share may be termed the primary which it sustained by an assignable individual, or a multitude of assignable individuals. That share may be termed the secondary, which, taking its origins from the former, extent itself either over the whole community, or over some other multitude of unassignable individuals. (Bentham, 1780, pp. 153-154)

En consecuencia, si B ocasiona el daño  $x$ , ese daño se proyecta primero hacia la víctima (p. ej. C) y luego hacia la comunidad en general.

La justificación normativa de esta afirmación es evidente: si el bienestar de la comunidad depende del bienestar de cada uno de sus integrantes, entonces es claro que si en  $T+1$  el daño  $x$  afecta a C, en  $T+2$  ese daño afecta también a D, E, F y G. ¿Por qué? Pues porque a causa del hecho ocurrido en  $T+1$ , D, E, F y G experimentan en  $T+2$  «dolor» por C (empatía) o «temor» por el daño  $x$ :

The secondary mischief [...] may frequently be seen to consist of two other shares or parcels: the first consisting of pain; the other of danger. The pain which it produces is a pain of apprehension: a pain grounded on the apprehension of suffering such mischiefs or inconveniences [...] It may be styled, in one word, the alarm. The danger is the chance, whatever it may be [...] of suffering such mischief or inconveniences. For danger is nothing but the chance of pain, or what comes to the same thing, of loss of pleasure. (Bentham, 1780, pp. 153-154)

Como explica Beever:

[...] tough Bentham recognizes that it is commonly thought that wrongs can be done to particular individuals [...] he maintains that this thought is the result of inadequate reflection. In fact, Bentham tells us, the wrong is social. That is, the wrong is committed against everyone. The victim is a victim, says Bentham, not because she suffers a personal wrong, but because she personally suffered from the wrong [...]. (Beever, 2013, p. 231)

Debido a que todo daño (material o inmaterial) afecta primero a la víctima y después a la comunidad en general, la ley ha de tener como función fundamental desincentivar o impedir que se produzca ese daño:

[...] there are four subordinate designs or objects [...] a legislator, whose views are governed by the principle of utility, comes naturally to propose to himself.



His first, most extensive, and most eligible object, is to prevent, in as far as it is possible, and worthwhile, all sorts of offences whatsoever: in other words, to manage, that no offence whatsoever may be committed.

But if a man must needs commit an offence of some kind or other, the next object is to induce him to commit an offence less mischievous rather than more mischievous [...]

When a man has resolver upon a particular offence, the next object is to dispose him to do no more mischief than is necessary [...]

The last object is, whatever the mischief be [...] to prevent it as cheap a rate as possible. (Bentham, 1780, p. 178)

En consecuencia, el objetivo de la ley no es indemnizar a la víctima (real), sino desincentivar al agresor (potencial) a través de una amenaza específica: la imposición de una «sanción».

Apropiadamente diseñada, la amenaza en cuestión (a) ha de tener el efecto de impedir que el agresor (potencial) ocasione un daño y, por tanto, genere una reducción del nivel de bienestar general; o, cuando menos, (b) ha de tener el efecto de impedir que el agresor (potencial) ocasione un daño grave y, por tanto, genere una reducción material del nivel de bienestar general.

Como explican Alexander y Beever:

The chief end of punishment is general prevention, and this is also its real justification. Public happiness requires that there shall not be a repetition of the like offences, whether on the part of the same offender or of others. (Alexander, 1929, p. 151)

[...] Bentham maintains that the function of law is to promote happiness in the community in general. It does so mainly by preventing acts that would produce disutility [...] It achieves this goal by punishing in order to deter the wrongdoer and others from committing offences. (Beever, 2013, pp. 236-237)

### 2.2.2. La sanción

A diferencia de Aristóteles, Bentham piensa que las sanciones legales han de ser diseñadas no con el propósito de eliminar los efectos de los daños y recomponer la situación de equilibrio *vis-à-vis* afectada, sino con el propósito de desincentivar la generación de esos daños. Por tanto, las sanciones legales han de ser impuestas no en función de las pérdidas que en los hechos sufren las víctimas (reales), sino en función de las ganancias que obtienen o que, eventualmente, esperan obtener los agresores (reales y potenciales).

Para desincentivar al agresor (potencial), Bentham propone dos reglas generales que se alejan del concepto de justicia correctiva.

Primera: la magnitud de la sanción legal ha de ser «superior» a la magnitud de la ganancia obtenida o esperada por el agresor (real o potencial), pues solo así el agresor (potencial) no tendrá motivos razonables para ocasionar el daño:

The value of the punishment must not be less in any case than what is sufficient to outweigh that of the profit of the offence. (Bentham, 1780, p. 179)

The quantum of the punishment must rise with the profit of the offence: *ceteris paribus*, it must therefore rise with the strength of the temptation. (Bentham, 1780, p. 180)

The punishment should be adjusted in such a manner to each particular offence, that for every part of the mischief there may be a motive to restrain the offender from giving birth to it. (Bentham, 1780, p. 180)

Segunda: la magnitud de la sanción legal ha de ser «incrementada» si es que la certeza o la proximidad de esa sanción disminuye, pues solo así el agresor (potencial) no tendrá motivos para ocasionar el daño:

To enable the value of the punishment to outweigh that of the profit of the offence, it must be increased, in point of magnitude, in proportion as it falls short in point of certainty. (Bentham, 1780, p. 184)

Punishment must be further increased in point of magnitude, in proportion as it falls short in point of proximity. (Bentham, 1780, p. 184)

En consecuencia, la sanción legal no necesariamente debe ser, como enseña Aristóteles, «compensatoria». En función de las circunstancias (p. ej. diferencia entre pérdida de la víctima y ganancia del agresor), esa sanción puede ser «supercompensatoria».

Si F ocasiona el daño  $x$  a G, la sanción legal deberá ser determinada no en función de la pérdida que sufre G, sino en función de la ganancia que obtiene F.

Si (a) existe simetría entre la pérdida que sufre G (\$ 20) y la ganancia que obtiene F (\$ 20) y (b) existe también certeza de que la sanción legal será impuesta (100 % de probabilidad), entonces (c) la sanción en cuestión deberá ser «compensatoria»: \$ 20; en cambio, si (a) existe simetría entre la pérdida que sufre G (\$ 20) y la ganancia que obtiene F (\$ 20), pero (b) no existe certeza de que la sanción legal será impuesta (50 % de probabilidad), entonces (c) la sanción en cuestión deberá ser «supercompensatoria»: \$ 40 [ $(\$ 20 \times 1 / .5)(.5)$ ].<sup>24</sup>

En la medida en que la sanción legal tiene el propósito no de compensar a la víctima (real), sino de desincentivar al agresor (potencial), Bentham no tiene dificultad alguna en reconocer que no existe una clara línea divisoria entre el derecho civil y el derecho penal:<sup>25</sup>

[...] and offence is an act prohibited, or (what comes to the same thing) an act of which the contrary is commanded by the law [...] that branch which concerns the method of dealing with offences, and which is termed sometimes the criminal, sometimes the penal, branch, is universally understood to be but one out of two branches which compose the whole subject of the art of legislation; that what is termed the civil being the other. Between these two branches then it is evident enough there cannot be but a very intimate connection; so intimate is it indeed that the limits between them are by no means easy to mark out. (Bentham, 1780, p. 309)

The most intricate distinction of all, and that which comes most frequently on the carpet, is that which is made between the civil branch and the penal [...]. (Bentham, 1780, p. 329)

[...] we may say at once that in every law (at least in every law that is comparatively speaking of any importance) there is one part which is of a penal, and at the same time another part which is of a civil nature: and that after the few exceptions which have already been marked out, there

<sup>24</sup> La baja probabilidad de aplicación de la sanción legal a F (.5) genera un incentivo perverso: imponer el daño  $x$  a pesar de que tal daño no resulta eficiente (costo y beneficio tienen la misma magnitud: \$ 20). Ese incentivo se explica porque el costo esperado de F no es \$ 20, sino \$ 10 ( $\$ 20 \times .5$ ). Ese costo genera que la ganancia esperada sea igual a \$ 10 (beneficio real - costo esperado). Con el fin de desincentivar la imposición del daño  $x$  es preciso multiplicar el monto de la pérdida de G (\$ 20) por el inverso de la probabilidad de que F sea demandado y condenado (1/.5). Ciertamente, el resultado (\$ 40) genera un monto superior al de la pérdida real de G. No obstante, ese resultado es indispensable para inducir a F a actuar de forma eficiente:  $\$ 40 \times .5 = \$ 20$ . Si la sanción esperada es igual a \$ 20, F no tendrá incentivos para imponer el daño  $x$ , pues en tal caso la ganancia esperada es igual a \$ 0.

<sup>25</sup> Bentham sostiene que la distinción entre derecho civil y derecho penal no describe los diferentes tipos de las normas legales existentes, sino las diferentes funciones de las normas en cuestión. El derecho civil tiene una «función constitutiva», en tanto que el derecho penal tiene una «función protectora». Ambas funciones se complementan de modo recíproco. Como explica Postema: «[for Bentham] a civil law is that which establishes a right; a penal law is that which, in consequence of the establishment of a right by the civil law, directs the punishment in a certain manner of him who violates it. Between the two parts of the law (the two "codes") there is "a most intimate connection"; they interpenetrate each other at all points. Penal law would be incomplete, indeed incomprehensible, without the civil aspect; the civil code, as a matter of fact, would be virtually impotent without the penal» (Postema, 1986, p. 181).

is no such a thing as an entire law which is penal only and not civil, nor as one which is civil only and not penal. (Bentham, 1780, 1970, p. 196)

Como explican Postema y Beever:

[...] criminal law is not plausibly regarded as merely an auxiliary in Bentham's jurisprudence; it is rather the model on which all law is conceived, the kind of law to which all other forms of law must be reduced [...] The crisis which forced Bentham to explore the logical relations between civil and penal laws [...] was brought on by his increasing awareness that «criminal» or «penal» elements can be found in each traditional branch of law, including the civil and the constitutional [...]. (Postema, 1986, pp. 176-178)

As Bentham notices [...] criminal law and the tort law possess the same normative structure. Both respond to violations of laws set up in accordance with distributive justice and both respond to those violations with punitive measures. (Beever, 2013, p. 237)

En consecuencia, Bentham presenta una idea transgresora: incrementar la materialidad de las sanciones legales con la finalidad de «contrarrestar» el efecto derivado de la disminución de la probabilidad de que tales sanciones sean aplicadas.

Como es evidente, esa idea se opone de manera frontal a la idea de Aristóteles en torno a la justicia correctiva.

### 2.3. Comparación

Las ideas de justicia correctiva y de justicia funcional presentan una diferencia (de orden filosófico) sustancial: mientras la primera busca compensar a la víctima (real), la segunda busca desincentivar al agresor (potencial).

Esa diferencia genera consecuencias legales definitorias. De acuerdo con la idea de justicia correctiva, el agresor (y no un tercero) debe compensar a la víctima (y no a un tercero) solamente por el monto del daño. En cambio, de acuerdo con la idea de justicia funcional, el agresor o un tercero (en caso de que el agresor no posea activos o pueda resistir la amenaza)<sup>26</sup> debe compensar a la víctima por el monto del daño o por un monto superior (en caso de que la probabilidad de ser condenado sea inferior a 100 %).

De acuerdo con la idea de justicia correctiva, la compensación a la víctima se sustenta en el daño efectivamente sufrido por esta. En cambio, de acuerdo con la idea de justicia funcional, la compensación a la víctima se sustenta en la ganancia real o esperada por el agresor.

En consecuencia, tanto en el plano filosófico como en el plano legal, las ideas en cuestión colisionan.

<sup>26</sup> «Vicarious liability ensures that employers internalize the full costs of their business and creates corresponding incentives for them to monitor and control employees. So long as the employer has effective tools to control employee promotions and demotions, the threat of termination, and the like then shifting liability to employers will not diminish the incentives of employees to take optimal care. Whereas under direct liability employees' incentives are proximately created by an outside sanctioning agent such as a court, under vicarious liability their incentives are proximately created by employers» (Levinson, 2003, p. 636). «If there is another party who has some control over the behavior of the party whose assets are limited, then the former party can be held vicariously liable for the losses caused by the latter [...] If the principal can observe and control agent's level of care, then the imposition of vicarious liability will induce the principal to compel the agent to exercise optimal care, because that will reduce the expected liability payments of the principal» (Shavell, 2004, pp. 231-333).

### 3. PRIMER MITO

De acuerdo con el primer mito, la cláusula penal cumple (i) una «función resarcitoria»; y, (ii) una «función disuasiva»:

Luego, y en lo que respecta a la función indemnizatoria de la cláusula penal, dentro del marco legal peruano es indudable que esta tiene una finalidad claramente indemnizatoria, de conformidad con lo establecido por el artículo 1341 de la ley civil. (Castillo y Osterling, 2013, p. 5)

Cuando dos contratantes incorporan una cláusula penal en su contrato, no lo hacen para que uno u otro se beneficie con la penalidad pactada, sino con la finalidad de reforzar el cumplimiento de su contrato y, consecuentemente, evitar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno de ellos, por lo que la inclusión de una cláusula penal [...] tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones. (Soto, 2006, p. 95)

¿Para qué pactar una cláusula penal? Desde el punto de vista del acreedor, en primer lugar, para desincentivar el incumplimiento del deudor. (Vidal, 2014, p. 351)

Otra de las funciones de la cláusula penal, propuesta por la doctrina, es la denominada preventiva o disuasiva [...] la incorporación de una cláusula penal en un contrato tiene por finalidad reforzar el cumplimiento, evitando que cualquiera de las partes incurra en incumplimiento de una o más obligaciones [...] la cláusula penal tiene por finalidad desincentivar un posible incumplimiento de las obligaciones. (Alcántara, 2020, p. 20)

En consecuencia, de acuerdo con el primer mito, la cláusula penal responde tanto a la idea de justicia correctiva como a la idea de justicia funcional. ¿Es esto posible?

#### 3.1. *Resarcir*

Para resarcir (a la víctima) es preciso que exista daño. Si la cláusula penal es exigible exista o no exista daño, entonces no es conceptualmente posible considerar que dicha cláusula cumple una función resarcitoria. Si el acreedor no sufre daño alguno, entonces no se produce deficiencia alguna. Si no se produce deficiencia alguna, entonces el resarcimiento carece de objeto. El hecho de que el acreedor tenga derecho a exigir el pago de cierta suma (o la ejecución de otra prestación) no supone que el deudor tenga el deber de resarcir al acreedor. Ese deber solo es imaginable en un escenario en el que exista deficiencia (daño).

Ciertamente, es posible que —en un caso concreto— el incumplimiento del deudor ocasione daños al acreedor. En tal escenario, ¿la cláusula penal tiene la función de resarcir esos daños? La respuesta es negativa. ¿Por qué? Pues simplemente porque, según la ley, el pago de la penalidad no se encuentra condicionado a la existencia de daños. Si el acreedor sufre daños por \$ 1000 y, por fortuna, la penalidad asciende a \$ 1000, el acreedor recibirá un resarcimiento económico mas no un resarcimiento legal, debido a que su derecho a exigir el pago de la penalidad en cuestión no requiere la existencia ni la probanza de los daños referidos. La realidad económica y la realidad legal, en consecuencia, difieren en el escenario descrito.

Si B infringe una prohibición municipal y, por tal razón, paga una multa ascendente a \$ 100, B no resarce daño alguno. En la medida en que la multa resulta exigible exista o no exista daño, el pago de la suma indicada no es, desde la perspectiva legal, resarcitorio. La conclusión no varía si, en el caso concreto, la municipalidad sufre un perjuicio de \$ 100.

La reflexión realizada en torno a la multa aplica, *mutatis mutandi*, a la penalidad.

### 3.2. *Disuadir*

Para disuadir la realización de una acción determinada es preciso conocer tres variables: (i) el costo; (ii) el beneficio; y, (iii) la probabilidad de condena.

Imaginemos que B desea realizar la acción  $x$ , y que dicha acción impone un costo de \$ 100 a C. Bajo un escenario de 100 % de probabilidad de ser demandado y condenado, la amenaza de pagar una indemnización «compensatoria» (esto es, una indemnización ascendente a \$ 100) será suficiente para incentivar a B a abstenerse de realizar la acción  $x$  si los beneficios de dicha acción son inferiores a \$ 100. ¿Por qué? Pues porque, en tal escenario, el costo esperado de la acción  $x$  es igual a \$ 100 (\$ 100 x 100 %).

Sin embargo, bajo un escenario de 50 % de probabilidad de ser demandado y condenado la amenaza de pagar una indemnización «compensatoria» no será suficiente para incentivar a B a abstenerse de realizar la acción  $x$  si los beneficios de tal acción son inferiores a \$ 100. ¿Por qué? Pues porque, en tal escenario, el costo esperado de la acción  $x$  es igual a \$ 50 (\$ 100 x 50 %).

Con el fin de incentivar a B a abstenerse de realizar la acción  $x$ , la justicia funcional aboga por incrementar el monto de la indemnización. ¿Cómo? Multiplicando el monto del daño por el inverso de la probabilidad de ser demandado y condenado:

For incentives to be restored appropriately, damages must be raised above the level of losses when [the injurers] are found liable. Specifically, if damages equal losses multiplied by the inverse of the probability of suit, then expected damages will equal expected losses and incentives will be correct. (Shavell, 2004, pp. 231-333)

Si se multiplica (a) el monto daño por (b) el inverso de la probabilidad de ser demandado y condenado se obtiene una indemnización «supercompensatoria». Y si se aplica la probabilidad en cuestión a dicha indemnización, entonces el costo esperado de la acción que genera el daño simula un escenario en el que existe certeza de ser demandado y condenado.<sup>27</sup>

En el ejemplo hipotético: si se multiplica \$100 (daño) por 1/.5 (inverso de la probabilidad de ser demandado y condenado) se obtiene \$ 200. Si a esa suma de la aplica .5 (probabilidad de ser demandado y condenado), el costo esperado de la acción  $x$  es igual a \$ 100. Por consiguiente, en caso de que los beneficios de la acción en cuestión asciendan a \$ 90, B tendrá incentivos para no realizarla.

Asumamos que en todos los casos de incumplimiento, la probabilidad de ser demandado y condenado es igual a 100 %. En ese escenario ideal, ¿puede la cláusula penal *per se* desincentivar el incumplimiento? La respuesta es, evidentemente, negativa.

En efecto, para que la cláusula en cuestión pueda desincentivar el incumplimiento resulta indispensable que el costo (representado por el monto de la penalidad) sea superior al beneficio. El acreedor conoce *ex ante* el costo, pero ignora *ex ante* el beneficio. Como es evidente, el retorno del incumplimiento solo puede ser conocido en el momento del incumplimiento.

El deudor, ciertamente, puede considerar, en función de su experiencia, que el monto de la penalidad es suficientemente alto para disuadir el incumplimiento. La realidad, empero, puede demostrar que la experiencia en cuestión resulta insuficiente. En función de los cambios en la curva de la oferta y la demanda es perfectamente posible que el deudor decida incumplir debido a que el retorno de una transacción sustituta es superior al monto de la penalidad.

Imaginemos que B promete a C entregar el recurso  $x$  en T+5 a cambio del pago de \$ 1000. Imaginemos, además, que a requerimiento de C, B acepta pagar una penalidad de \$ 1500 en caso de

<sup>27</sup> Evidentemente, esta fórmula funciona bajo el entendido de que el agresor (potencial) es neutral al riesgo.

incumplimiento. Imaginemos, finalmente, que en  $T+5$  la oferta del recurso  $x$  se contrae, por lo que el precio *spot* se incrementa a \$ 3000. Si B decide cumplir el contrato, B recibe \$ 1000; en cambio, si B decide incumplir el contrato, B recibe \$ 1500 (\$ 3000 - \$ 1500). Razonablemente, ¿qué decisión adoptará B?

En términos conceptuales, la cláusula penal solo puede desincentivar el incumplimiento si el monto de la penalidad es fijado *ex post* en función de las variables antes indicadas: (i) costo de incumplir; (ii) beneficio de incumplir; y, (iii) probabilidad de ser demandado y condenado. Por esa razón, Bentham señala que:

To enable the value of the punishment to outweigh that of the profit of the offence, it must be increased, in point of magnitude, in proportion as it falls short in point of certainty. (Bentham, 1780, p. 184)

Punishment must be further increased in point of magnitude, in proportion as it falls short in point of proximity. (Bentham, 1780, p. 184)

En la medida en que la cláusula penal es acordada antes de que ocurra el incumplimiento del deudor, racionalmente no es posible que dicha cláusula tenga la función de desincentivar ese incumplimiento. Como la decisión de cumplir o de incumplir depende de circunstancias futuras e inciertas (p. ej. variación en la curva de oferta y demanda, existencia de sustitutos perfectos, etc.), el acreedor no puede anticipar que la penalidad  $x$  es capaz (i) de incentivar el cumplimiento  $y$ ; o, (ii) de desincentivar el incumplimiento  $z$ . En la medida en que la penalidad  $x$  se define en el momento  $T+1$ , pero el cumplimiento  $y$  o el incumplimiento  $z$  se define en el momento  $T+2$ , la penalidad  $x$  no puede incentivar el cumplimiento  $y$  o desincentivar el incumplimiento  $z$ .

Ciertamente, el acreedor puede «considerar» que la cláusula penal pactada desincentiva el incumplimiento. La apreciación del acreedor, empero, no determina la función de la cláusula en cuestión.

#### 4. SEGUNDO MITO

De acuerdo con el segundo mito, la cláusula penal limita la responsabilidad del deudor que incumple. Por tal razón, si ese deudor obra con dolo o culpa grave, la cláusula penal no debe ser válida:

Autorizada doctrina, comentando el artículo 1229 del Código Civil italiano —que inspiró el artículo 1328 del Código Civil—, señala que «la cláusula penal liquida y limita preventivamente el daño; pero no constituye instrumento para sustraer al deudor a las consecuencias de su responsabilidad por dolo o culpa grave [...] Entonces es válida la cláusula penal, siempre y cuando no colisione con el artículo 1328 del Código Civil (1229 del Código Civil italiano) [...] Dentro de la posición que sostengo, la cláusula penal solo puede ser pactada, si interpretamos sistemáticamente los artículos 1328 y 1341 del Código Civil, en caso de incumplimiento o cumplimiento inexacto por culpa leve; no por dolo ni culpa inexcusable, ni por culpa leve cuando se violan normas de orden público. (Espinoza, 2014, pp. 237-238)

En consecuencia, de acuerdo con el segundo mito, la cláusula penal se sujeta al control de legalidad contemplado por el artículo 1328 del Código Civil. ¿Es esto correcto?

##### 4.1. Responsabilidad

A pesar de sus diferencias sustanciales, las ideas de justicia correctiva y justicia funcional muestran una coincidencia trascendental: la responsabilidad civil solamente surge si existe daño. Por esta razón, la literatura legal es unánime al reconocer que la responsabilidad necesariamente requiere la existencia de daño:

[...] la *responsabilidad* civil tiene dos regímenes diferenciados, el que regula el resarcimiento del *daño* causado por la inexecución de las obligaciones contractuales que vinculan al autor y la víctima

y el que regula la indemnización por el evento *dañoso* que se constituye en la causa generatriz de la relación jurídica que emerge entre el autor y la víctima. (Vidal, 2001, p. 396) (Énfasis agregado).

Nuestros códigos han consagrado un sistema dual que divide la *responsabilidad* en dos campos [...] El área contractual tiene como objeto el *daño causado* al contravenir un deber específico [...] con otra persona [...] El área extracontractual abarca los *daños causados* al contravenir el deber genérico de no dañar a otro [...]. (Kemelmajer, 2001, p. 676) (Énfasis agregado)

[...] la *responsabilidad* civil significa un fenómeno que consiste en que el ordenamiento jurídico haga de cargo de una persona el *deber de resarcimiento del daño* ocasionado a otro [...]. (León, 2007, p. 50) (Énfasis agregado)

Ser *responsable* jurídicamente significa tener a cargo la obligación de *reparar el daño* causado a una persona. (Troncoso, 2010, p. 206) (Énfasis agregado)

Toda *responsabilidad* civil —contractual o extracontractual— es un aparato jurídico destinado únicamente a «*reparar*» a la víctima de un *daño*. (De Trazegnies, 2011, p. 29) (Énfasis agregado)

Debido a que la responsabilidad requiere la existencia de daño, el pacto de limitación o de exoneración de responsabilidad posee características precisas. En efecto, ese pacto requiere que las partes acuerden que la obligación de indemnizar no surgirá con los alcances previstos por la ley a pesar de que existan daños resarcibles.<sup>28</sup>

En términos específicos, el pacto en cuestión supone que, por voluntad de las partes (y no del legislador), la obligación de indemnizar: (i) no surgirá cuando el deudor actúe con dolo, con culpa grave o con culpa leve; (ii) no cubrirá los daños resarcibles (esto es, directos e inmediatos); o, (iii) estará limitada a un monto que resulta inferior al monto de los daños resarcibles.<sup>29</sup>

#### 4.2. Artículo 1328 del Código Civil

El profesor Espinoza considera que la cláusula penal no impide al acreedor exigir el pago de una indemnización por el daño realmente sufrido (en caso de que el monto de ese daño exceda el monto de la penalidad) si el deudor incumple con dolo o con culpa grave, pues el artículo 1328 del Código Civil establece que es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por incumplimiento causado con dolo o con culpa grave

El razonamiento del profesor Espinoza es el siguiente:

|                            |                                                                                                          |
|----------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Premisa mayor</i> (PM): | la penalidad limita la responsabilidad                                                                   |
| <i>Premisa menor</i> (Pm): | es nula la limitación de responsabilidad por dolo o por culpa grave                                      |
| <i>Conclusión</i> (C):     | la penalidad no limita la responsabilidad si el incumplimiento del deudor obedece a dolo o a culpa grave |

<sup>28</sup> «El criterio tradicional en los ordenamientos jurídicos de estirpe romanista ha sido el de distinguir entre las cláusulas de limitación y las cláusulas de exoneración de responsabilidad; clasificación que no se limita a un criterio cuantitativo o de grados, sino que se extiende a la naturaleza propia de la cláusula en relación con el instituto de la responsabilidad. Las primeras, adscritas a aquellas que recaen sobre los criterios de imputación de la responsabilidad (*an debeatur*) y que, por lo tanto, impiden su surgimiento, y las segundas, a aquellas que recaen exclusivamente sobre el “cómo” de la indemnización, específicamente sobre el *quantum debeatur* o la modalidad de la reparación. Esto bajo una óptica de distinción entre la responsabilidad y el resarcimiento, donde la primera está particularmente referida al deber de resarcir el daño causado en virtud del incumplimiento de las obligaciones contractuales, y las segundas, al alcance del resarcimiento. Sin embargo, la tendencia de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina ha sido la de reagrupar estos dos tipos de cláusulas en una única disciplina y predicar de ambas figuras los mismos límites. Lo anterior, por una parte, teniendo en cuenta que ambas tipologías pueden recaer tanto sobre los criterios de imputación de la responsabilidad como sobre el monto indemnizatorio. Y de otra parte, bajo la consideración de que finalmente el beneficiario de una cláusula de exoneración goza de limitación total y el beneficiario de una cláusula limitativa goza también de exoneración parcial» (Díaz, 2012, pp. 135-136).

<sup>29</sup> «Cláusulas limitativas de responsabilidad [...] pueden tener por objeto: reducir el grado de culpa del deudor [...] [o] limitar la indemnización eventual a una suma determinada [...]» (González, 2011, p. 93). «The limitation of liability clause does not foreclose a party's cause of action under the contract, nor does it eliminate either party's liability; rather, the clause guarantees only that a party will not be held liable for damages above a specified ceiling» (Williams, 2014, p. 665).

Respetuosamente, discrepo de la tesis del profesor Espinoza por diversas razones que pueden ser resumidas en una objeción simple: el silogismo que sustenta esa tesis es erróneo en la medida en que presenta una falacia en la PM (la penalidad no limita la responsabilidad).

El artículo 1328 del Código Civil declara la nulidad de un «pacto», de una «estipulación», en otras palabras, de un *acto de autonomía*. En efecto, textualmente el artículo indicado dispone lo siguiente:

*Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga.*

También es *nulo* cualquier pacto de *exoneración* o de *limitación de responsabilidad* para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público. (Énfasis agregado)

Al declarar la nulidad de un acto de autonomía es claro que el artículo 1328 del Código Civil restringe derechos. En consecuencia, a la luz de lo previsto por el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil,<sup>30</sup> el artículo mencionado no puede ser aplicado por analogía.

En mi opinión, el artículo 1328 del Código Civil no es aplicable a las cláusulas penales por dos razones obvias. Primera: esas cláusulas no contemplan pactos de limitación de responsabilidad; segunda: la limitación de responsabilidad constituye un efecto legal, no un efecto negocial.

Todo pacto de limitación de responsabilidad supone (1) que acreedor y deudor *acuerdan, estipulan* que este último tendrá el privilegio de no pagar la indemnización que corresponda en aplicación de los criterios establecidos por la ley; y, (2) que, a causa del *acuerdo o estipulación* entre acreedor y deudor, ante un incumplimiento, este último tiene, efectivamente, el privilegio de no pagar la indemnización que corresponda en aplicación de los criterios establecidos por la ley.

En otras palabras, todo pacto de limitación de responsabilidad supone *per se* (a) que existe la *voluntad mutua* de restringir la responsabilidad del deudor; y, (b) que el deudor adquiere un privilegio a causa de esa *voluntad*. Como es evidente, sin embargo, la cláusula penal no contiene, *per se*, *acuerdo o estipulación* que disponga que, ante cierto incumplimiento, la responsabilidad del deudor estará limitada en términos cuantitativos o cualitativos.<sup>31</sup> En todo caso, la existencia de semejante acuerdo o estipulación es *intrascendente* en el ámbito de la cláusula penal, pues: (i) técnicamente, en ese ámbito no existe limitación de la responsabilidad del deudor por la sencilla razón de la penalidad se paga con abstracción del daño; y, (ii) la liberación de la obligación de pagar una eventual indemnización deriva de la ley y no del acuerdo o estipulación.

En efecto, sea cual sea el texto de la cláusula penal, esto es, sea que contenga o no una «limitación cualitativa o cuantitativa de la responsabilidad del deudor», la ley dispone que, por el hecho de existir una penalidad, que resulta exigible aun cuando no exista daño, el deudor no está obligado a pagar indemnización alguna. En consecuencia, la eliminación de la obligación de pagar una indemnización (o, en otras palabras, la eliminación de responsabilidad en sentido estricto) proviene de un *mandato legal* y no de un *acuerdo* o de una *estipulación* negocial. La causa eficiente de semejante situación es, pues, la *disposición heterónoma* y no el *acto autónomo*.

En efecto, según el artículo 1341 del Código Civil:

*El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores. (Énfasis agregado)*

<sup>30</sup> Artículo IV.- «La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía».

<sup>31</sup> El texto de una cláusula penal estándar no contempla límite cualitativo o cuantitativo que afecte la eventual responsabilidad del deudor.



Como se podrá advertir, el artículo glosado describe (a) un «pacto» y (b) un «efecto». ¿En qué consiste ese «pacto»? En que el deudor pagará una penalidad en caso de incumplimiento. ¿En qué consiste ese «efecto»? En que esa penalidad limita el resarcimiento. Evidentemente, el pacto es atribuible a las partes, pero el efecto es atribuible a la norma.

El efecto contemplado por el artículo 1341 del Código Civil es similar, en naturaleza, al efecto contemplado por el artículo 1762 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios *no responde por los daños y perjuicio, sino en caso de dolo o culpa grave*. (Énfasis agregado)

Como se podrá advertir, el artículo glosado contempla una exoneración de responsabilidad por culpa leve. Esa exoneración no emana del contrato de prestación de servicios, sino de la ley. Se trata, pues, de un efecto heterónomo y no de un efecto autónomo.

Así como el artículo 1762 del Código Civil otorga al prestador de servicios el privilegio de no responder por culpa leve, al margen de lo que establezca el respectivo contrato de prestación de servicios, el artículo 1341 del Código Civil otorga al deudor que acepta una penalidad el privilegio de no pagar indemnización alguna, al margen de lo que establezca la respectiva cláusula penal.

El artículo 1328 del Código Civil requiere que exista un «pacto», esto es, un *acto autónomo* que disponga la limitación cualitativa o cuantitativa de la responsabilidad del deudor. La cláusula penal, empero, no contiene ni puede contener ese pacto. Por tanto, el artículo 1328 del Código Civil no resulta de aplicación a la cláusula penal. Sin perjuicio de lo indicado, es evidente que el artículo 1328 del Código Civil se aplica a supuestos en los que exista algún tipo de responsabilidad. En la medida en que cláusula la penal, por definición, es exigible exista o no exista daño resulta claro que la penalidad no constituye un supuesto en el que exista responsabilidad. En consecuencia, el artículo 1328 del Código Civil, por definición, no se aplica a la cláusula penal.

Es importante hacer notar que la literatura es consciente de que la cláusula penal «opera en los hechos como» una cláusula de limitación de responsabilidad, «posee efectos similares» a los de una cláusula de limitación de responsabilidad, pero «*no es*» una cláusula de limitación de responsabilidad.

Como explica Rodríguez:

[...] según algunos autores habrá casos en los que la penal *opere como* una cláusula limitativa de responsabilidad. Esto ocurre cuando el daño es superior a la cuantía de la pena [...] Sin embargo, *eso no quiere decir que sea una cláusula de limitación de responsabilidad* porque [...] exime al acreedor de probar la existencia y cuantía del daño. Resume García Amigo que, a pesar de las semejanzas [...] son mayores sus diferencias: mientras la penal protege al acreedor, la cláusula limitativa de responsabilidad protege al deudor, y mientras esta última se refiere al daño, aquélla presupone el incumplimiento, independientemente del daño [...]. (Rodríguez, 1993, p. 530) (Énfasis agregado)

### 4.3. Consecuencias ulteriores

Siguiendo el razonamiento del profesor Espinoza, si el deudor actúa con dolo o con culpa grave (acto unilateral), entonces la cláusula penal (que a su entender supone una limitación de responsabilidad) no produce efectos. Por tanto, el deudor no tendrá que pagar la penalidad (P), sino la indemnización que cubra todos los daños resarcibles (I). El problema, sin embargo, es que nada garantiza que I sea más beneficioso que P para el acreedor.

Imaginemos que B y C pactan que, ante el incumplimiento x, B pagará una penalidad de \$ 1000. Imaginemos, además, que el incumplimiento x ocasiona daños por \$ 500. Si se aplica la cláusula penal, C recibirá \$ 1000 a pesar de que los daños solo ascienden a \$ 500. Sin embargo, bajo la tesis del profesor Espinoza, un acto unilateral de B puede provocar un cambio de P a I que perjudique a C.

En efecto, alegando que el incumplimiento *x* es doloso, B puede deducir la ineficacia de P (\$ 1000) y, por tanto, forzar a C a recibir I (\$ 500). Eventualmente, B puede incluso forzar a C a recibir I - \$ N si aplica la regla de mitigación de daños.

La situación hipotética descrita es inaceptable en términos económicos, morales y legales. Las razones son evidentes. Para evitar que un acto unilateral (de B o del juez que puede aplicar de oficio la nulidad) genere un cambio de P a I y, por tanto, perjudique *ex post* al acreedor, el artículo 1341 del Código Civil solo contempla una excepción capaz de alterar la estructura de la cláusula penal: el «pacto de indemnización por daño ulterior».

El «pacto» en cuestión otorga al acreedor (no al deudor, no al juez) un derecho potestativo: el cambiar P por I. Si el acreedor ejerce ese derecho, entonces podrá exigir I en lugar de P. El pago de P se computará a cuenta del pago de I. Como es evidente, el derecho antes indicado, por definición, no perjudicará *ex post* a ninguna de las partes.

## 5. RECONSTRUCCIÓN

### 5.1. *Función*

La cláusula penal posee una estructura simple: «Si se incumple la obligación *x*, entonces se paga la penalidad *y*». ¿Cuál es la función legal de esa estructura?

Por mandato de la ley, el deudor responde por los daños directos e inmediatos que genere el incumplimiento de la obligación. En términos generales el monto de esos daños depende de las condiciones de mercado vigentes al momento del incumplimiento, pues la indemnización se calcula en función de la comparación «precio de contrato - precio de sustituto» (artículo 1219,2 del Código Civil).

En la medida en que no todo incumplimiento genera daños resarcibles, la obligación del deudor de indemnizar es futura, incierta, eventual. De todas formas, dicha obligación representa un riesgo económico (material) para el deudor. Nuevamente, en función de las condiciones de mercado vigentes al momento del incumplimiento, el deudor puede quedar expuesto a un monto indemnizatorio superior al esperado (esto es, al previsto al momento de estimar los costos y los beneficios potenciales del contrato).

El deudor puede estar interesado en no asumir el riesgo de tener que pagar una prestación indemnizatoria. ¿Por qué? Pues porque el monto de esa prestación puede ser superior al esperado *ex ante*. El acreedor, por su parte, puede estar interesado en liberar al deudor de ese riesgo. ¿Por qué? Pues porque la prueba del daño esperado puede ser compleja o costosa, o porque el daño esperado puede no ser legalmente resarcible.

La ley impide la exoneración y la limitación de responsabilidad por dolo o por culpa grave del deudor. La ley, sin embargo, no impide la sustitución de la prestación indemnizatoria.

En efecto, así como la ley permite que las partes acuerden (de forma *ex post*) que el deudor ejecute una prestación distinta a la debida a fin de evitar el incumplimiento (dación en pago), la ley permite que las partes acuerden que el deudor ejecute una prestación distinta a la debida ante el incumplimiento (prestación indemnizatoria).

La penalidad puede consistir en una prestación de dar, de hacer o de no hacer. La inclusión de la penalidad obedece al deseo recíproco de que, ante el incumplimiento, el acreedor exija no la prestación indemnizatoria, sino la prestación sustituta (de dar, de hacer o de no hacer).

La simpleza de la cláusula penal, empero, muestra una debilidad: no contempla respuestas a dos preguntas esenciales. Primera: ¿la prestación sustituta es exigible aun si el incumplimiento no genera

daños legalmente resarcibles? Segunda: ¿la prestación sustituta impide la aplicación de la prestación indemnizatoria aun si el incumplimiento genera daños legalmente resarcibles «no cubiertos»?

## 5.2. *Control legal*

El régimen de responsabilidad por inexecución de obligaciones se encuentra definido por la ley. Si las partes desean reemplazar ese régimen por otro (de origen convencional), la ley tiene que establecer las condiciones bajo las cuales resulte posible realizar la «transacción».

En términos abstractos, la ley puede contemplar las siguientes condiciones:

| Pacto contractual | Condiciones legales                                                                                                         |
|-------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>PS</i>         | Elimina en todos los casos la <i>PI</i> (p. ej. incumplimiento con dolo, culpa grave o culpa leve)                          |
| <i>PS</i>         | Elimina en algunos casos la <i>PI</i> (p. ej. incumplimiento con culpa leve)                                                |
| <i>PS</i>         | No es susceptible de reducción                                                                                              |
| <i>PS</i>         | Es susceptible de reducción en ciertos casos (p. ej. si el daño real es sustancialmente inferior al monto de la <i>PS</i> ) |
| <i>PS</i>         | No es susceptible de incremento                                                                                             |
| <i>PS</i>         | Es susceptible de incremento en ciertos casos (p. ej. si el monto de la <i>PS</i> es sustancialmente inferior al daño real) |

Donde: *PS* = prestación sustituta; *PI* = prestación indemnizatoria

El Código Civil elige determinadas condiciones. En efecto, en primer lugar, el Código Civil dispone que si las partes pactan una cláusula penal, el acreedor puede exigir la prestación sustituta sin necesidad de que se produzcan daños. En segundo lugar, el Código Civil dispone que si las partes pactan una cláusula penal, el acreedor no puede exigir la prestación indemnizatoria aun (i) si el incumplimiento ocasiona daños no cubiertos; o, (ii) si el incumplimiento obedece a dolo o a culpa grave. La única posibilidad de exigir la prestación en cuestión supone la existencia de un «pacto de daño ulterior». En tercer lugar, el Código Civil dispone que la penalidad es susceptible de reducción si resulta manifiestamente excesiva (en comparación con el daño real).

En consecuencia, la cláusula penal contempla una prestación sustituta (de dar, hacer o no hacer) a la prestación indemnizatoria. La ley, por su parte, contempla los efectos que genera esa prestación. Primero: exigibilidad disociada a la existencia de daños. Segundo: eliminación de la prestación indemnizatoria (a no ser que exista «pacto de daño ulterior»). Tercero: posibilidad de reducción de la prestación sustituta.

¿Cuál es, pues, la función de la cláusula penal? La respuesta es, como la cláusula en sí, sencilla: fijar una prestación sustituta a la prestación indemnizatoria. Los efectos de dicha prestación, empero, son definidos por la ley en función de razones de política pública.

## 6. CONCLUSIÓN

Tanto en régimen de penalidades como el régimen de indemnizaciones ofrecen beneficios y riesgos recíprocos:

| Penalidades                                                                                                                           | Indemnizaciones                                                                                                       |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>beneficios para acreedor</i><br>no tener que probar daños para exigir ejecución de prestación sustituta                            | <i>beneficios para acreedor</i><br>tener derecho a exigir pago de suma que cubra totalidad de daños resarcibles       |
| <i>riesgos para acreedor</i><br>sufrir daños no cubiertos por prestación sustituta                                                    | <i>riesgos para acreedor</i><br>no tener derecho a exigir pago de suma alguna (por inexistencia de daños resarcibles) |
| <i>beneficios para deudor</i><br>no tener que pagar una suma que cubra la totalidad de daños resarcibles                              | <i>beneficios para deudor</i><br>no tener que pagar suma alguna (por inexistencia de daños resarcibles)               |
| <i>riesgos para deudor</i><br>tener que ejecutar prestación sustituta que cubra totalidad a pesar de que no existan daños resarcibles | <i>riesgos para deudor</i><br>tener que pagar suma que cubra totalidad de daños resarcibles                           |

El cambio de P a I o de I a P genera una serie de consecuencias legales de orden sustancial (p. ej. probar daños, mitigar daños). Dichas consecuencias, como es evidente, pueden impactar de forma negativa en la situación de una o de ambas partes. Por tal razón, resulta inaceptable que un *acto unilateral* provoque (a) un cambio de P a I; o, (b) un cambio de I a P.

En consecuencia, ni el deudor ni el acreedor deben tener el poder unilateral de cambiar el régimen acordado, alegando de forma *ex post* la existencia de incumplimiento causado por dolo o por culpa grave. La misma reflexión aplica, *mutatis mutandi*, al juez.

## 7. LITERATURA

ALEXANDER, William. «Jeremy Bentham, Legal Philosopher and Reformer». En *New York University Law Quarterly Review*, 1929, n.º 141.

ALCÁNTARA, Olga. «Exigibilidad de la cláusula penal en época de crisis sanitaria». En *Ius Et Veritas*, 2020, n.º 61.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Traducido por José Luis Calvo Martínez. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

BEEVER, Allan. *The Forgotten Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BENSON, Peter. «The Basis of Corrective Justice and Its Relation to Distributive Justice». En *Iowa Law Review*, 1992, n.º 2, vol. 77.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: T. Payne and Son, 1780.

BRICKHOUSE, Thomas. «Aristotle on Corrective Justice». En *Apeiron: The Journal of Ethics*, 2014, n.º 3, vol. 18.

CASTILLO, Mario y Felipe OSTERLING. «Obligaciones con cláusula penal». En *IUS. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, mayo 2013, n.º 5.

CURZER, Howard. «A Defense of Aristotle's Doctrine that Virtue is a Mean». En *Ancient Philosophy Quarterly*, 1996, n.º 16.

DE TRAZEGNIES, Fernando. «¿Igualando lo desigual?». En *Revista Latinoamericana de Responsabilidad Civil*, 2011, n.º 1.

DÍAZ, Indira. «Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos». En: *Revista de Derecho Privado*, 2012, n.º 23.

ESPINOZA, Juan. «La cláusula penal». En *Themis*, n.º 66, 2014.

GARDNER, John. «What is Tort Law For? Part 1. The Place of Corrective Justice». En *Law and Philosophy*, 2011, n.º 1, vol. 30.

GONZÁLEZ, Joel. «Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. validez y límites». En *Revista Chilena de Derecho*, 2011, n.º 1, vol. 38.

GUEST, James. «Justice as Lawfulness and Equity as a Virtue in Aristotle's Nicomachean Ethics». En *The Review of Politics*, 2017, n.º 79.

JOACHIM, Harold Henry. *Aristotle: The Nichomean Ethics. A Commentary*. London: D. A. Rees, 1951.

KEMELMAJER, Aida. «Dilemas de la responsabilidad civil». En *Revista Chilena de Derecho*, 2001, n.º 28.

KORSGAARD, Christine M. «Aristotle on Function and Virtue». En *History of Philosophy Quarterly*, 1986, n.º 3, vol. 3.

LEVINSON, Daryl. «Collective Sanctions». En *Stanford Law Review*, 2003, n.º 2, vol. 56.

LEÓN, Leysser. *La responsabilidad civil*. Lima: Jurista Editores, 2007.

MCKERLIE, Dennis. «Aristotle's Theory of Justice». En *The Southern Journal of Philosophy*, 2001, vol. XXXIX.

PAKALUK, Michael. *Aristotle's Nicomachean Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

PLATÓN. *Las leyes*. Traducido por Patricio de Azcárate. Madrid: 1872.

POSNER, Richard. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge - London: Harvard University Press, 1990.

POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

RODRÍGUEZ, José. «Sobre la cláusula penal en el Código Civil». En *Annuario de Derecho Civil*, 1993, n.º 2, vol. 46.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge - London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SOTO, Carlos. «La función de la cláusula penal en los contratos y la inmutabilidad de las penas convencionales». En *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2006, n.º 6.

TRONCOSO, María Isabel. «Principio de precaución y la responsabilidad civil». En *Revista de Derecho Privado*, 2010, vol. 18.

VIDAL, Roger. «El mercader de Venecia y las obligaciones con cláusula penab». En *Advocatus*, 2014, n.º 30.

VIDAL, Fernando. «La responsabilidad civil». En *Derecho PUCP*, 2001, n.º 54.

WEINRIB, Ernest J. *The Idea of Private Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

WILLIAMS, S. Harrison. «Consumers and Remedies: Do limitation of Liability Clauses do More Harm than Good». En *South Carolina Law Review*, 2014, vol. 64.

WRIGHT, Richard. «Substantive Corrective Justice». En *Iowa Law Review*, 1992, n.º 2, vol. 77.

# LA REPARTICIÓN DEL RIESGO ECONÓMICO POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LA CONVENCIÓN DE VIENA EN VIRTUD DEL PRECIO DE REVENTA

Alfredo Ferrante\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Los elementos en juego y la interacción entre factores económicos y jurídicos.— 3. El precio de reventa y su influencia en los intercambios económicos de un bien con falta de conformidad.— 3.1. Hipótesis a): bien adquirido por C a un precio mayor del originalmente adquirido.— 3.2. Hipótesis b): bien adquirido por C a un precio igual al originalmente adquirido.— 3.3. Hipótesis c): bien adquirido por C a un precio inferior al originalmente adquirido.— 4. Conclusión.— 5. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales obligaciones del comprador es, además de recibir la mercadería en las condiciones establecidas en el contrato y conforme con las reglas de la Convención de la Convención de Viena (en adelante, CISG),<sup>1</sup> el pago del precio.<sup>2</sup>

Asimismo, el pago del precio puede asumir relevancia frente a la otra parte en caso de entrega no conforme, puesto que puede dar lugar a determinadas obligaciones del vendedor, entre las cuales se encuentra la relacionada con la restitución de una parte de esto, según la regla establecida en el artículo 50 CISG, dando lugar al remedio de la reducción del precio.<sup>3</sup> En ese sentido, el precio es una importante *liaison* entre las obligaciones de las partes —indudable y principal obligación del comprador— y otra obligación, eventual, relacionada con un correcto reequilibrio sinalagmático entre las prestaciones que están alteradas por la presencia de una falta de conformidad no computada en el equilibrio original.

Las siguientes páginas pretenden hacer algunas reflexiones sobre ciertos aspectos problemáticos que pueden aparecer en relación con el importe a restituir mediante la reducción del precio y al cálculo que pueda realizarse en este sentido, conforme con lo previsto en la Convención de Viena.

\* *Professore associato di Diritto Comparato*, Università di Pavia (Italia). Correo electrónico: alfredo.ferrante@unipv.it.

<sup>1</sup> La consulta de referencia sobre la Convención de Viena es la guía elaborada por la CNUDMI, la Conferencia de La Haya y Unidroit, y que ha sido encargada a cinco expertos de renombre internacional: Neil Cohen (Estados Unidos de América), Lauro da Gama e Souza Jr. (Brasil), Pilar Perales Viscasillas (España), Hiroo Sono (Japón) y Stefan Vogenauer (Alemania): COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. CONFERENCIA DE LA HAY, UNIDROIT, *Guía jurídica sobre instrumentos de derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales (con énfasis en la compraventa)*, Viena, 2021.

<sup>2</sup> No puede aquí evitarse la citación de algunas de las obras pioneras en relación con el precio en la compraventa: CASTILLO FREYRE, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, segunda edición. Monográficamente, sobre el tema, véase también: FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. *La compraventa con precio determinable*. Madrid: Edijus, 2001. Más recientemente importantes esfuerzos monográficos incluso de carácter comparativo y también en relación con el *common law* pueden verse en ROGEL VIDE, Carlos. *El precio de la compraventa y su determinación*. Barcelona: Reus, 2012; FERRANTE, Alfredo. *Open price y compraventa*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

<sup>3</sup> Consultas de referencia sobre el tema realizadas con particular atención al artículo 50 CISG: VENTURI, Sílvio. *La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose; Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Fribourg: Universitaires Fribourg, 1994. En relación con la CISG y también para una visión comparada sobre los diferentes métodos de cálculo: FERRANTE, Alfredo. *La reducción del precio en la compraventa*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012. Con carácter más amplio: DE LA ASUNCIÓN PLANES, Karine. *De la réfaction du contrat*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006.

Sin carácter de exhaustividad, se analizarán algunas consecuencias en relación con el valor objetivo del bien no conforme con el precio de reventa. Estas consideraciones resultarán de utilidad para evidenciar que, en algunos casos, se puede dar lugar a una repartición diferente del riesgo económico que ha sido producido a raíz de la falta de conformidad. En este contexto se entiende como riesgo económico el eventual menoscabo de la valorización de la prestación debido a la falta de conformidad.

## 2. LOS ELEMENTOS EN JUEGO Y LA INTERACCIÓN ENTRE FACTORES ECONÓMICOS Y JURÍDICOS

El método de cálculo de la reducción del precio en la Convención de Viena toma como punto de referencia algunos factores y/o elementos. Estos son esencialmente el precio de compra, el valor del bien conforme y el valor del bien no conforme.

El texto de la versión española del artículo 50 de la Convención de Viena afirma que «el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato».

En este sentido, si existe una patología contractual, el primer problema que surge es la identificación de los elementos que permiten el cálculo la reducción del precio, es decir, los componentes que acaban de ser citados al inicio de esta sección.

Sin embargo, esto no siempre es tan sencillo, por un lado, debido a la cultura y/o estructura jurídica en la que se inserta el contrato o, por otro lado, debido a las referencias «económicas» que el método de reducción de la CISG efectúa al llevar a cabo su cálculo.

Desde un primer punto de vista, no siempre resulta fácil fijar el precio de venta del bien. Esto sucede no solamente en aquellos países que, fieles a la tradición del *common law*, permiten la fijación de un sistema de validez del contrato con precio abierto, sino que también se produce en algunos sistemas que pertenecen principalmente al *civil law*, en aquellos casos donde se permite la compraventa con precio abierto, sobre todo en el caso de aquella mercantil en los supuestos donde se haya entregado el bien.<sup>4</sup>

Desde un segundo punto de vista, el hecho de que la fórmula haga referencia al valor del bien, sea este conforme o no conforme, traslada en parte el enfoque jurídico hacia un contexto económico. Efectivamente, la referencia al valor del bien hace que deban asumirse necesariamente algunos conceptos que, en el enfoque del derecho de *civil law*, no siempre son tomados como referencia y son más bien propios de una visión de *common law* o del análisis económico del derecho. Esta afirmación se realiza dado que, tradicionalmente, en la visión del derecho continental, el contrato tiene fuerza de ley entre las partes y, por lo tanto, no puede recibir influencias externas, salvo que haya existido algún elemento patológico a lo largo de la formación del contrato que haya contaminado la autonomía contractual de las partes.

En ese sentido, precisamente, gracias a la capacidad negociadora, un bien de idénticas características puede venderse a precios diferentes en varios contratos y este es uno de los factores que mueve un sistema de competencia perfecta en el mercado. Ahora bien, si las operaciones económicas en su conjunto se interrelacionan entre ellas, no se mantiene este funcionamiento desde el punto de vista jurídico, puesto que la parte no podría pedir un precio más barato tras la celebración de su contrato si

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, el ordenamiento chileno: FERRANTE, Alfredo. «Precio corriente y precio de mercado: ¿hacia una convergencia o divergencia?». En DE LA MAZA GAZMURI, Inigo y Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ (coordinadores). *Estudios de la compraventa*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2017, p. 215 y ss. El esquema puede aplicarse también a las compraventas civiles: cfr. artículo 1474 Código Civil italiano, artículo 883 Código Civil portugués; arg. artículos 1547 y 2112 Código Civil peruano, al haberse derogado los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio de Perú. *Id.* FERRANTE, Alfredo. *Open price y compraventa*. *Op. cit.*, p. 165 y ss.



llegara a su conocimiento de que su contratante hubiera celebrado con otra parte otro contrato a un precio más ventajoso en relación con la venta de bienes similares.

El principio de relatividad del contrato prohíbe esto y, por lo tanto, los dos contratos serían totalmente independientes y no se influirían entre ellos, aunque hayan podido tener una parte en común.

Por lo tanto, si la parte A ha vendido a B el bien *x* a 200 y, posteriormente, ha celebrado un segundo contrato con C vendiéndole un bien *y* —de la misma categoría y características de *x*— a un precio de 100; B no podría reclamar nada desde el punto de vista jurídico, aunque se haya dado cuenta de que ha pagado, para un bien de idénticas características, el doble. Efectivamente, el principio de relatividad —que se interrelaciona también con la inoponibilidad— del contrato hace que el contrato n.º 1 y el contrato n.º 2 sean independientes entre sí, a pesar de que hayan tenido un negociador común, en este caso el vendedor, y hayan tenido objetos de idénticas categorías y características.

El esquema recién delineado, que se consolida y justifica también en el principio de *pacta sunt servanda*, se cifra parcialmente a la hora de predisponer un método de cálculo que se aleja en parte de esta visión.

Efectivamente, en el momento de querer calcular una reducción del precio según un valor objetivo, la subjetividad de la negociación celebrada entre las partes se relativiza ya que se introducen cánones de interferencias entre los valores de las prestaciones fijados por estas. De hecho, el valor objetivo del bien —sea este conforme o no conforme— corre parcialmente el riesgo de prescindir del precio que las partes han fijado concretamente para la celebración de la compraventa, para asumir los valores económicos externos al contrato, es decir, esos valores que según cuanto apenas mencionado no debieran influir según un patrón tradicional de *civil law*.

En efecto, en este contexto, el método de cálculo de la Convención de Viena crea una conmixción no solamente entre las reglas de *common* y de *civil law*, sino también entre las reglas económicas y las jurídicas. Un claro ejemplo de cuanto se afirma es la toma de conciencia de que el momento de determinación del valor del bien influye perjudicando o favoreciendo a una de las partes en relación con el cálculo de la reducción del precio. En este sentido, se justifica la decisión de la CISG de cambiar la redacción de la norma correspondiente con respecto a su antecesora, la *Uniform Law on the International Sale of Goods* de 1964 (en adelante, ULIS). Por ello, se modifica el momento de fijación del valor del bien necesario para el cálculo de la acción de reducción. Si en la versión de la ULIS se establecía que era el momento de la conclusión del contrato, la CISG decide fijarlo en el momento de la entrega,<sup>5</sup> en ese sentido, ya se percibe la atención que se pone en el posible riesgo económico que pueda crearse sobre el eventual cambio de valor del bien. Efectivamente, se quieren evitar posibles fluctuaciones de valores, sobre todo para bienes cuyo plazo de entrega difiere bastante en el tiempo con respecto al momento de la conclusión del contrato. Existe una clara conciencia de que las fluctuaciones económicas deben intervenir lo menos posible dentro de la esfera de las prestaciones de las partes. Sin embargo, la necesaria referencia al valor del bien (sea este conforme y no conforme) obliga inevitablemente a realizar un cálculo económico de la operación que puede perjudicar el bien y que, por lo tanto, tiene consecuencias diferentes dependiendo de si la parte ha obtenido realizar una operación rentable, es decir, ha conseguido o, por el contrario, no ha conseguido comprar un bien a un precio inferior al que normalmente lo adquieren otros contratantes.

En este sentido, la referencia económica en el cálculo de la reducción del precio desnaturaliza en parte el principio por el cual son solo las partes las que quieren y pueden fijar sus prestaciones en aras del principio de autonomía. En principio, factores externos no debieran influir o ser utilizados para volver a reestablecer un equilibrio sinalagmático alterado por la entrega defectuosa del bien. Efectivamente, la correcta procedencia del equilibrio sinalagmático se basa en la relación entre el genético

<sup>5</sup> Una reconstrucción del proceso de creación del artículo 50 CISG puede consultarse en FERRANTE, Alfredo. *La reducción del precio en la compraventa*. Op. cit., p. 183 y ss., véase también p. 204 y ss.

y el funcional, que siempre han tenido como punto de referencia el objeto de las prestaciones deseados por las partes y que se mueven dentro de una óptica interna del contrato.

De aquí se deriva la manifestación de una multiplicidad de aristas que se generan en relación con el método de cálculo de la reducción del precio que, sin embargo, no pueden tratarse aquí.<sup>6</sup> En cambio, sí se desea evidenciar en estas líneas un posible mecanismo que permitiría repartir en la cadena contractual el riesgo económico que produce la falta de conformidad del bien allá donde se manifieste y proceda la aplicación de la reducción del precio. En este sentido, se permitirá que no grave directamente sobre las operaciones futuras y se vuelva a absorber al inicio de la cadena económica por parte del primer vendedor/productor.

### 3. EL PRECIO DE REVENTA Y SU INFLUENCIA EN LOS INTERCAMBIOS ECONÓMICOS DE UN BIEN CON FALTA DE CONFORMIDAD

Partiendo de la premisa que también presentan dificultades inconvenientes la identificación del precio (en aquellos casos donde se celebre un contrato con precio abierto) o el valor del bien conforme, en estas páginas se focalizará la atención solamente sobre el efecto que puede darse a la hora de fijar el valor del bien no conforme (VnC).

Ahora bien, para simplificar, se asumirá en este caso que dos de los tres ya estén identificados, es decir, el precio (P) y el valor del bien conforme (VC). Si se tienen estos dos, será asimismo necesario identificar el valor del bien no conforme para proceder al cálculo de la reducción.

Para identificar el bien del valor no conforme, el árbitro o el juez podría tener varias posibilidades, entre las cuales se encuentran la fijación por informe pericial, la fijación del valor del bien como un *aliud pro alio* (es decir, considerando que el bien entregado es otro bien de otra naturaleza y que tiene un precio identificable) o —dado que se trata de una compraventa mercantil— se podría fijar el precio del bien defectuoso con el precio de reventa, esto es, el precio con el cual se volvió a vender el mismo bien a lo largo de la cadena comercial. Las siguientes páginas se enfocarán exclusivamente sobre este último punto.<sup>7</sup>

Al tratarse de un ámbito mercantil, la compraventa celebrada inicialmente tiene lugar en el contexto de una cadena comercial en el que existirán futuras y probables reventas. Por ello, a no ser que el bien sea empleado para utilización del comprador en su ámbito empresarial, por lo menos habrá una. Si estuviéramos en este último caso, por lo tanto, existirían dos contratos de venta. En un primer contrato n.º 1, el primer comprador A adquiere del vendedor/fabricante B el bien x para poder revenderlo, mediante un segundo contrato n.º 2, al sujeto C.

Ahora, supóngase que en este caso el bien inicialmente vendido posea un defecto y que, por lo tanto, el sujeto A solicite la reducción del precio y, durante este lapso, proceda a celebrar otro contrato con C, revendiéndole el bien defectuoso. Este supuesto es posible puesto que la acción de reducción del precio mira a la conservación del contrato y la parte A no tienen a una obligación de restituir el bien, sino que puede disponer de él libremente.

Ahora bien, en el caso concreto, A podría venderlo a C poniéndole en conocimientos del defecto presente en la mercadería o, por el contrario, podría ocultarlo. Esta problemática no puede analizarse en este contexto, pero resulta útil para observar cómo el bien comprado en origen puede revenderse a un precio superior al que originalmente se ha adquirido, a un precio inferior o al mismo precio al que se ha comprado inicialmente.

<sup>6</sup> Véase ampliamente FERRANTE, Alfredo. *La reducción del precio en la compraventa*. Op. cit., *passim*.

<sup>7</sup> Aquí se retoman en parte los razonamientos expresados en FERRANTE, Alfredo. *La reducción del precio en la compraventa*. Op. cit., p. 217 y ss.

Las lógicas del mercado tienden a revenderlo a un precio superior, siguiendo la lógica del ánimo de lucro; sin embargo, nada impide que, en aras de una buena relación comercial entre A y C, para fidelizar a su cliente, este se lo venda incluso al mismo precio que lo ha pagado o a un precio inferior, *a fortiori*, como se verifica en el ejemplo siguiente, si este resulta en parte defectuoso.

Por lo tanto, a la hora de revender el bien, existen tres supuestos, tal y como se ha mencionado anteriormente. Se concreta cuanto dicho a continuación, gracias a un ejemplo.

Se suponga que A, en el primer contrato realizado, haya comprado el bien a 100. En este caso podrá revenderlo a C:

- a) a un precio superior al de adquisición: se asuma, por ejemplo, que lo venda a un precio de 150
- b) a un precio igual al de adquisición: 100
- c) a un precio inferior al de adquisición: se asuma, por ejemplo, a un precio de 80.

Tratándose de una compraventa mercantil, el precio de reventa será fácilmente identificable<sup>8</sup> gracias a la documentación contable, e incluso se ahorrarían pruebas periciales en aras de una mayor economía procesal y celeridad del proceso. Si bien no existe la obligación de poner en conocimiento este valor, el principio de cooperación y de buena fe impondrían un deber de colaboración en este sentido allá donde la contraparte o el juez/árbitro lo solicite, *a fortiori*, si estuviéramos en un arbitraje de equidad. Por ello, son numerosas las razones para que el juez/árbitro admita la solicitud de la contraparte para proporcionar la documentación y datos de la reventa realizada, en aquellos casos donde haya presunciones fundadas de que esta se haya realizado.

Por lo tanto, si se asumen los datos y documentación sobre la reventa en otro contrato del mismo bien, obsérvense los peculiares efectos que tuviera que asociar este importe al valor del bien no conforme a la hora de proceder al cálculo de la reducción del precio.

Para esto, retomando el ejemplo anterior, supóngase que el precio del bien es de 100. Y se asocie el valor del bien conforme (VC) al mismo precio de venta. Si bien hay múltiples variables mediante las cuales puede asociarse el valor del bien conforme, en este escrito quiere examinarse exclusivamente este supuesto. Se asocia a este valor al precio de compra porque es el valor que las partes han considerado apropiado para su operación negocial. De esta manera, este importe es el más cercano al cumplimiento del equilibrio de las prestaciones que las mismas partes han querido fijar.

No obstante, de acuerdo con otros textos o criterios podrían identificar el valor del bien conforme con el precio generalmente cobrado por las partes, el valor de mercado, el generalmente cobrado por el vendedor, etc.<sup>9</sup> Efectivamente, asociar el valor del bien conforme con el precio celebrado se desarrolla según una mejor convicción que presumiblemente para ambas partes —y salvo dolo del vendedor— ese era el valor objetivo del bien, dado que cuando celebraron el contrato lo hicieron con la convicción de que el bien objeto del contrato era, efectivamente, conforme a pesar de que posteriormente se haya verificado que no lo ha sido.

Por ello se tendrá:

Precio de compra (P): 100

Valor del bien conforme (VC): 100

<sup>8</sup> Salvo un supuesto de *open price contract*.

<sup>9</sup> Ampliamente y detalladamente véase FERRANTE, Alfredo. *Open price y compraventa*. Op. cit., *passim*.

Ahora bien, la mayor parte de la doctrina<sup>10</sup> identifica el artículo 50 con esta proporción matemática:

$$\frac{\text{Precio estipulado}}{\text{Precio reducido}} = \frac{\text{Valor del bien conforme}}{\text{Valor del bien no conforme}}$$

En este sentido, la fórmula permite obtener el precio reducido (PR):

$$PR = \frac{VnC * P}{VC}$$

Una vez obtenido el precio reducido, este permitirá calcular la reducción del precio, dado que esta última está dada por el importe que se obtiene del precio menos el precio reducido:

$$R = P - \left( \frac{VnC * P}{VC} \right)$$

Si se observa, la identificación del valor del bien como si fuera conforme con el precio produce una elisión de los valores en la proporción y conduce a que la reducción del precio sea igual —en el caso analizado— al precio menos el valor del bien no conforme.

$$R = P - VnC$$

Aplíquese ahora la fórmula a las tres hipótesis mencionadas arriba.

### 3.1. **Hipótesis a): bien adquirido por C a un precio mayor del originalmente adquirido**

El supuesto se presentaba en el caso en el que el bien se revendió a un precio de 150. En esta circunstancia, la reducción del precio no debiera concederse, puesto que el cálculo daría lugar a un importe negativo.

R: 100 - 150, es decir, -50.

Esta solución sería coherente con los mecanismos de mercado ligados a la fórmula de la CISG, dado que A está reclamando una reducción del precio por un bien que compró defectuoso y que, sin embargo, y a pesar de su defecto, consiguió revenderlo a un precio mayor. En este sentido, las probables ganancias asociadas a esta reventa justificarían que el reequilibrio sinalagmático sea compensado. En este caso, el haber estipulado un negocio de reventa ventajoso elide la concesión de la reducción del precio. El haber asociado el valor del bien no conforme al precio de reventa permitiría, por lo tanto, es una solución entendible dentro de las dinámicas del mercado.

<sup>10</sup> Entre otros: WILL, M. «Artículo 50». En BIANCA, Massimo y Michael JOACHIM BONELL (editors). *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 371; BERNSTEIN, H. y LOOKFSKY, J. *Understanding the Cig in Europe*. The Hague - London - New York: Kluwer Law International, 2003, segunda edición, p. 135; HUBER, U. «Artículo 50». En SCHLECHTRIEM, Peter (editor) (Geoffrey Thomas, traductor). *Commentary on the UN convention on The International Sales of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 1998, 2ª edición, p. 441; MULLER-CHEN, M. «Artículo 50». En SCHLECHTRIEM, P. y SCHWENZER, I. *Commentary on the UN convention on The International Sales of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press, 2016, cuarta edición, p. 803; HUBER, «Reduction in Prices», cit., p. 252; JANSEN, S. «Price Reduction as a remedy in European contract Law». En KEIRSE, A. L. M y Marco. B. M. LOOS (editors). *Alternative ways to lus commune: the Europeanisation of private Law*. Cambridge: Intersentia, 2012, pp. 205-207. BACH, I. «Art. 50». En KROLL, S.; MISTELIS, L. A., y Mª del Pilar PERALES VISCASILLAS (editores) *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München - Oxford, Portland: Beck, Hart, Nomos, 2011, §§ 36-39, p. 758 y 759. En la identificación de la fórmula asocia expresamente el valor conforme del bien con el valor de mercado: ALTENKIRCH, Markus. «Art. 50». En CHRISTOPH BRUNNER, Benjamin Gottlieb (director). *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019, p. 382.

La solución presentada, de todos modos, no es vinculante e incluso puede producir la aplicación de acción de daños y perjuicios no obstante el primer comprador haya revendido el bien a un precio más alto, es decir que obtenga ganancias.<sup>11</sup>

### **3.2. Hipótesis b): bien adquirido por C a un precio igual al originalmente adquirido**

Es el supuesto en el que la parte A revende el bien al precio de 100. Tampoco en este caso la solución adoptada daría lugar a la concesión de la reducción del precio a A, dado que, efectivamente, la reventa al mismo precio de adquisición no le ha generado mayores inconvenientes.

Efectivamente, matemáticamente, la reducción será igual a cero:

$$R: 100 - 100 = 0$$

La solución, en este caso, puede ser también acorde con las dinámicas del mercado, dado que puede suceder que, a pesar de que A no haya obtenido ninguna ganancia, no le haya ocasionado ninguna pérdida. Además, A, en aquellos casos donde lo demuestre, podrá cumular dicho remedio con el indemnizatorio, aspecto que le otorga una indudable protección jurídica.

### **3.3. Hipótesis c): bien adquirido por C a un precio inferior al originalmente adquirido**

El supuesto se presentaba el caso en el que el bien se revendió a un precio de 80.

En este caso, A, efectivamente, tendría un menoscabo en la futura operación que haya realizado, ya que lo revendió a un precio inferior al que lo compró, en concreto, lo vendió a 20 menos.

El cálculo de la reducción del precio y la asociación del valor del bien no conforme con el precio de reventa conduciría a una reducción del precio igual a la pérdida, en concreto, igual a 20.

$$R = 100 - 80 = 20$$

Es este sentido, asociar el valor del bien no conforme al precio de reventa hace eliminar el riesgo económico sobre A y permite una repartición más consona al libre desarrollo de la cadena comercial. En concreto, dicho valor lo asumirá el primer eslabón de la cadena, es decir, el productor, esto es, quien efectivamente produjo el bien, salvo posibles acciones de daños y perjuicios. Efectivamente, al primer comprador (A) no le gravará el riesgo económico asociable a la falta de conformidad, dado que pagó por el bien 100, recaudando 80, a los cuales se le sumarán ahora una reducción del precio de un valor igual a 20. Por ello, el primer comprador queda totalmente protegido por la operación mercantil sobre el bien defectuoso no padeciendo riesgo económico alguno directamente relacionable con el defecto (salvo eventuales daños y perjuicios).<sup>12</sup>

Es cierto que la reventa es una hipótesis solamente eventual, pero si se verificara, es una posibilidad para asociar su importe al valor del bien defectuoso relativo al primer contrato celebrado. En este sentido, en algunos casos se ha concedido la reducción del precio cuando se revendió a un precio más bajo.<sup>13</sup> Sin embargo, se desea reiterar que las soluciones son más abiertas y, en ciertas ocasiones, se ha considerado oportuno aportar algunos matices. De esta manera, aunque se haya reclamado una

<sup>11</sup> Procedimiento arbitral (Rusia): Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 8 julio 1999, n. 318/1997, comprador holandés, vendedor ruso, en <<http://Cisgw3.law.pace.edu/cases/990708r1.html>>.

<sup>12</sup> Véase FERRANTE, Alfredo. *La reducción del precio en la compraventa*. Op. cit., p. 221.

<sup>13</sup> Procedimiento arbitral CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission) 18 septiembre 1996 (Agricultural products case) comprador neocelandés, vendedor chino, en <<http://Cisgw3.law.pace.edu/cases/960918c2.html>>.

reducción del precio igual a la suma que quedó impaga por los compradores finales, se ha concedido una reducción del precio en la medida del 50 % de la diferencia entre el precio de los bienes objeto del contrato y el precio acordado entre el comprador y los consumidores finales. Efectivamente, en el caso concreto, los bienes se tuvieron que (re)vender a los consumidores finales a un precio más bajo del previsto, dado que resultaron defectuosos. En el caso concreto se aplica en una medida peculiar: la *mitigation* del artículo 77 CV, disposición que tendencialmente está pensada para los daños y perjuicios y no para la acción de reducción del precio.<sup>14</sup>

#### 4. CONCLUSIÓN

En estas líneas se han querido evidenciar solamente algunos de los múltiples aspectos que pueden aparecer a la hora de interpretar o aplicar el método de cálculo predispuesto por el artículo 50 CISG. Indudablemente, el método de cálculo de la reducción del precio resulta más complejo no solamente *per se*, sino también en relación con la posible acumulación de la acción de daños y perjuicios.

Ahora bien, la asociación del valor del bien no conforme con el precio de reventa tiene sus ventajas e inconvenientes: aquí se ha querido evidenciar algunas de sus ventajas. Con esto no se pretende defender necesariamente que esta sea la mejor asociación, sino que se ha dado una posible visión del panorama presente que puede variar dependiendo del caso específico.<sup>15</sup> Efectivamente, recuérdese que el valor del bien conforme, de acuerdo con el cálculo del artículo 50 CISG, debe calcularse en el momento de la entrega del bien (que recibió A) y, por ello, no necesariamente podría ser idéntico al precio de reventa, dado que esta se ha realizado posteriormente y en esta disfasia temporal el bien puede haber tenido alguna fluctuación en su valoración.

Sin embargo, con toda certeza se puede afirmar que el método de cálculo del artículo 50 CISG si bien es aparentemente más intuitivo con respecto a otros, tienen muchas aristas, de las cuales aquí se ha intentado desentrañar una, esto es, la que puede derivar del hecho de ser una regla de compromiso entre dos panoramas jurídicos diferentes: el de *common law* y el de *civil law*.<sup>16</sup>

Es con mucho placer que quiero concluirse este escrito destacando la relevancia que posee tanto a nivel profesional como académico, el doctor César Augusto Guzmán-Barrón Sobrevilla, punto de referencia dentro del ámbito del derecho y del arbitraje no solamente a nivel nacional, sino también internacional.

#### 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTENKIRCH, Markus. «Art. 50». En CHRISTOPH BRUNNER, Benjamin Gottlieb (director). *Commentary on the UN Sales Law (CISG)*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019.

BACH, I. «Art. 50». En KROLL, S.; MISTELIS, L. A., Y M<sup>a</sup> del Pilar PERALES VISCASILLAS (editores) *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München - Oxford, Portland: Beck, Hart, Nomos, 2011.

<sup>14</sup> Tribunal internacional del arbitraje de la cámara de comercio (Rusia), 24 enero 2000, n.º 54/1999, comprador americano, vendedor ruso, CLOUT Case n.º 474, en

<<http://www.Cisg3.law.pace.edu/cases/00124r1.html>>.

<<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=841&step=abstract>>.

<sup>15</sup> Véase FERRANTE, Alfredo. *La reducción del precio en la compraventa*. *Op. cit.*, pp. 219-220.

<sup>16</sup> Este aspecto no es baladí. De hecho, repercute en una diferente formulación del método de cálculo de la reducción del precio en la versión española e inglesa debido, por un lado, a la diferente concepción del contrato con términos abiertos y, por otro lado, a la diferente percepción del remedio de la reducción del precio, difícilmente entendible, por ejemplo, en un sistema como el estadounidense. Así, Venturi había advertido los matices de las diferentes versiones francesa y española: VENTURI, Silvio. *Op. cit.*, pp. 294 y 295, §§ 1355 y 1356.

BERNSTEIN, H. y LOOKFSKY, J. *Understanding the Cisc in Europe*. The Hague-London-New York: Kluwer Law International, 2003, segunda edición.

CASTILLO FREYRE, Mario. *El precio en el contrato de compraventa y el contrato de permuta*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, segunda edición.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. CONFERENCIA DE LA HAY, UNIDROIT, *Guía jurídica sobre instrumentos de derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales (con énfasis en la compraventa)*, Viena, 2021.

DE LA ASUNCION PLANES, Karine. *De la réfaction du contrat*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006.

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. *La compraventa con precio determinable*. Madrid: Edijus, 2001.

FERRANTE, Alfredo. *La reducción del precio en la compraventa*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

FERRANTE, Alfredo. *Open price y compraventa*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012.

FERRANTE, Alfredo. «Precio corriente y precio de mercado: ¿hacia una convergencia o divergencia?». En DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y Juan Ignacio CONTARDO GONZÁLEZ (coordinadores). *Estudios de la compraventa*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2017.

HUBER, U. «Artículo 50». En SCHLECHTRIEM, Peter (editor) (Geoffrey Thomas, traductor). *Commentary on the UN convention on The International Sales of Goods* (CISG). Oxford: Oxford University Press, 1998, segunda edición.

JANSEN, S. «Price Reduction as a remedy in European contract Law». En. KEIRSE, A. L. M y Marco. B. M. LOOS (editors). *Alternative ways to Ius commune: the Europeanisation of private Law*. Cambridge: Intersentia, 2012.

MULLER-CHEN, M. «Artículo 50». En SCHLECHTRIEM, P. y SCHWENZER, I. *Commentary on the UN convention on The International Sales of Goods* (CISG). Oxford: Oxford University Press, 2016, cuarta edición.

ROGEL VIDE, Carlos. *El precio de la compraventa y su determinación*. Barcelona: Reus, 2012.

VENTURI, Silvio. *La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose; Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Fribourg: Universitaires Fribourg, 1994.

WILL, M. «Artículo 50». En BIANCA, Massimo y Michael JOACHIM BONELL (editors). *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*. Milano: Giuffrè, 1987.





## EN BUSCA DE UN REGISTRO NACIONAL DE ÁRBITROS ABIERTO HACIA EL FUTURO

Ricardo Gandolfo Cortés\*

La Ley de Contrataciones del Estado dispone que todas las controversias que surjan entre las partes se resuelvan mediante conciliación o arbitraje.<sup>1</sup> Lo ha establecido así desde 1997, invariablemente.<sup>2</sup> Desde hace algún tiempo, sin embargo, exige que para desempeñarse como árbitro designado por alguna entidad, tanto en los procesos institucionales como en los *ad hoc*, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros que administra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Como si ello fuera poco, exige que el presidente del tribunal que no hayan elegido los árbitros designados por las partes y que tengan que nombrar los centros o el propio OSCE también esté inscrito en el RNA.<sup>3</sup>

Que el árbitro que elijan las entidades esté inscrito en el Registro me parece bien. Es más, yo mismo lo propuse porque me parece que es lo más sensato. Que los funcionarios que administran fondos públicos no confíen la resolución de los conflictos que se susciten con sus clientes al buen criterio de sus amigos de la infancia, de sus compañeros del colegio ni de ningún profesional que no tenga la experiencia más indispensable. Que el particular elija mal, en ejercicio de su libre albedrío, es su problema, porque lo que arriesga es su propio dinero y no el de los demás. Pero de allí a que el presidente del tribunal que no hayan elegido los árbitros designados por las partes también tenga que estar inscrito en el Registro, me parece un exceso. Nada lo justifica. ¿Por qué si los árbitros designados por las partes convienen en su nombramiento no tiene que ser del RNA y por qué tiene que ser del RNA si no lo eligen los árbitros designados por las partes? No hay ninguna respuesta que pueda aclarar esa dicotomía insalvable.

El Reglamento de la LCE fue más temerario aún e incluyó al árbitro único que se elija de manera residual entre aquellos que deberían estar inscritos obligatoriamente en el RNA.<sup>4</sup> Fue otro exceso que —aunque demoró—, finalmente, se corrigió más fácilmente porque un decreto no puede ir más allá de los límites que fija la ley.<sup>5</sup> Pero los excesos no son novedad, vienen de muy atrás. Recuerdo las especialidades de los árbitros que se sacaron del sombrero de un prestidigitador para fortalecer un proyecto que supuestamente adolecía de exigencias para con los árbitros.<sup>6</sup> Como si la seriedad de los árbitros se pudiera medir en función de los conocimientos que este tuviera en determinadas materias o como si pudiera adquirirse en cualquier lugar.

La historia merece contarse. El Congreso de la República había delegado en el Poder Ejecutivo la facultad para legislar sobre diversas materias vinculadas con la necesidad de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con los Estados Unidos<sup>7</sup> y sobre materias vinculadas con el apoyo a la competitividad económica, entre las que se encontraban la mejora del marco regulatorio, la siempre necesaria simplificación administrativa y la modernización del país.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y experto en contratación pública, catedrático, consultor y árbitro. Autor del primer proyecto de la Ley de Contrataciones del Estado —que incluyó al arbitraje como medio de solución de controversias— y coautor del proyecto de primer Reglamento. Fundador y editor del semanario electrónico *Propuesta*.

<sup>1</sup> Ley de Contrataciones del Estado n.º 30225 (LCE), artículo 45.1.

<sup>2</sup> Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado n.º 26850, artículo 41, inciso b).

<sup>3</sup> LCE, artículo 45.16.

<sup>4</sup> Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, artículo 232.2.

<sup>5</sup> Decreto Supremo n.º 162-2021-EF. Se modificó el artículo 232.2 a efectos de que solo el presidente del tribunal arbitral a elegirse residualmente tenga que estar inscrito en el RNA, tal como lo establece la LCE.

<sup>6</sup> Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo n.º 1017, artículo 52, tercer párrafo.

<sup>7</sup> El TLC con los Estados Unidos se firmó en el 2006, pero se implementó recién en el 2009.

En paralelo, en las comisiones del Parlamento se acumulaban proyectos de modificación de la Ley que, dicho sea de paso, ya había experimentado sucesivos cambios desde que entró en vigencia, aunque conservando siempre su esencia unificadora de una normativa dispersa y su estirpe revolucionaria en materia de solución de discrepancias, características más destacadas que perduran hasta hoy.

Diversas autoridades básicamente regionales habían acudido hasta Palacio de Gobierno en reiteradas ocasiones a visitar a distintos inquilinos, solicitando alguna medida que tienda a evitar tanto arbitraje que supuestamente perdía el Estado como consecuencia de la aplicación de esta Ley que obligaba a dirimir discrepancias bajo esas reglas. No es que el Estado perdía. Lo que pasaba era que los litigios terminaban rápidamente y no se pasaban años en discusiones absurdas mientras las obras y múltiples prestaciones de bienes y servicios quedaban paralizadas o perdidas como sucedía antes de que entre en vigencia la primera Ley de Contrataciones del Estado.

Las entidades deberían perder, en efecto, la mayoría de arbitrajes por la sencilla razón de que quien demanda es porque tiene algo que reclamar. En el Poder Judicial sucede lo mismo. Los demandantes de ordinario ganan sus litigios. Habitualmente, no ganan los demandados, salvo que el demandante incurra en algún error insalvable o que todo esté al revés. Nadie inicia un juicio que acarrea un costo importante sin tener alguna razón válida para litigar. Pese a ello, estudios serios del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú<sup>8</sup> y de la Contraloría General de la República,<sup>9</sup> entre otros, han demostrado que el Estado, en realidad, gana más de lo que pierde y que el problema estriba en la excesiva conflictividad de la relación entre contratistas y entidades, motivada por el excesivo celo que le imprimen a sus tareas funcionarios públicos legítimamente preocupados en no involucrarse en decisiones que podrían generarles problemas futuros.

Los tribunales ordenan pagar a las entidades el 47 % de lo que los proveedores les reclaman. Un porcentaje todavía no identificado, pero definitivamente menor, es lo que realmente paga y lo reflejará en breve la estadística en cuanto se incorpore ese dato en las investigaciones futuras.

Al país igualmente le va muy bien en los arbitrajes de inversión. Según otro estudio de un total de 50 mil millones de dólares que le han reclamado, los tribunales le han ordenado pagar al Estado 19 millones. Y en simultáneo ha cobrado 50 millones de dólares. Casi tres veces más de lo que le han ordenado pagar.

Continuando la historia que se ha empezado a contar, la casa de Pizarro pidió los proyectos al Congreso y elaboró uno propio que se promulgó a través de un decreto legislativo, sin mayor dilación, en el marco de las facultades legislativas delegadas por la Ley n.º 29157. El nuevo proyecto repitió todo lo que proponían los anteriores y añadió la exigencia de las especialidades en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado que debían acreditar el árbitro único y el presidente del tribunal que por mandato de la Ley, eran los únicos que obligatoriamente tenían que ser abogados. Se pensó que adicionando requisitos para desempeñarse como árbitros se iban a resolver las deficiencias que en realidad obedecían a malos expedientes, a malas prácticas y a malas gestiones. Como era de suponer, se complicó y burocratizó todavía más el arbitraje en contratación pública.

La anécdota refiere que desde Palacio, las autoridades apuradas por sacar adelante la norma preguntaron a los funcionarios de los gobiernos regionales sobre las exigencias que se les podía agregar a los árbitros para garantizar seriedad y transparencia a sus acciones. Según algunos testigos de la escena, ante el silencio de quienes debían aportar alguna respuesta se impuso la mejor buena voluntad de los anfitriones, quienes se animaron a sugerir las famosas tres especialidades que quedaron así incorporadas en la Ley hasta nuestros días. Ya es hora de retirarlas porque hasta la fecha no han demostrado haber aportado nada en favor del arbitraje, sino, por el contrario, han complicado aún más su desarrollo.

<sup>8</sup> Elaborado por Rigoberto Zúñiga Maraví a cargo de un equipo liderado precisamente por César Guzmán-Barrón Sobrevilla, entonces director del Centro, en cuyo homenaje se ha elaborado el libro del que este artículo forma parte.

<sup>9</sup> Se puede ver en <<https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>>.

Lo peor vendría después. Se creó el Registro Nacional de Árbitros con denominaciones variables. Previamente, se había puesto en funcionamiento la Nómina de Profesionales Aptos para Designación Residual que llegó a coexistir con el RNA. Los árbitros se inscribían, se les proporcionaba un registro de uno o dos años y antes de su vencimiento debían realizar el trámite de renovación anticipada que suponía un procedimiento destinado a acreditar el desempeño de la función arbitral durante un determinado periodo. Si les sorprendía el vencimiento del registro sin haber iniciado el trámite de renovación anticipada o sin haberlo concluido ya no se podía optar o continuar con esta opción y se debía empezar otro trámite como si quien lo efectúa fuese un árbitro nuevo, gestión que comprendía más exigencias incluida, finalmente, la de rendir un examen de conocimientos al que siempre se opusieron y se oponen hasta ahora los árbitros más experimentados.

No les falta razón. El arbitraje es una jurisdicción reconocida constitucionalmente que se sostiene en premisas totalmente distintas de aquellas sobre las que reposa la justicia ordinaria. Por ejemplo, no hay doble instancia, que es la garantía de la revisión, de la segunda vuelta, que abre la posibilidad de enmendar el error perpetrado en una primera etapa, por desconocimiento o por lo que fuere. ¿Por qué no hay segunda instancia? Porque en el arbitraje se prioriza la solución rápida y eficaz de los conflictos. Rápida para que los procesos no se extiendan como se extienden en la justicia ordinaria. Rápida porque justicia que tarda no es justicia. Y eficaz porque los árbitros no son jueces que deben examinar muchos casos de distintas materias, sino son profesionales especializados en ciertas disciplinas y que son elegidos, precisamente, porque conocen de los asuntos que se van a ventilar en el proceso, con lo que se disminuye y minimiza considerablemente el margen de error en la misma medida en que se disminuye y minimiza la posibilidad de que el litigio se alargue innecesariamente.

El arbitraje descansa, de otro lado, en la libertad que tienen las partes para designar al árbitro que mejor les parezca, libertad que, por cierto, no tienen en el Poder Judicial, en el que se asignan los jueces por turnos o de manera aleatoria sin considerar especialidades o experiencias previas. En el ejercicio de ese derecho, empero, no pueden elegir a quien por su amistad o cercanía les va a dar la razón, la tengan o no. Tienen que seleccionar a alguien familiarizado con los temas que están en discusión, pero por sobre todo tienen que nombrar a alguien independiente e imparcial o, cuando menos, lo más independiente e imparcial que se pueda. ¿Eso quiere decir que deben escoger al azar? No, en absoluto. Hay reglas y protocolos que regulan los alcances de lo que pueden y no pueden hacer las partes antes de seleccionar a los árbitros a quienes van a confiar la superación de sus desavenencias que comprenden incluso hasta una reunión con los especialistas que uno ha elegido con antelación para plantearles el caso y comprobar que no haya incompatibilidades que impidan la posterior aceptación del encargo.

El Registro, mientras tanto, empezó a sentir los efectos de esa excesiva burocratización y el número de sus miembros comprensiblemente comenzó a disminuir. Los árbitros a los que se les vencía su inscripción ya no se preocupaban por renovarla para evitarse exámenes y entrevistas, y los árbitros que nunca habían estado inscritos ni siquiera se animaban a iniciar sus trámites. Como consecuencia lógica de esta realidad, el RNA fue empobreciéndose en lugar de ir enriqueciéndose con el paso del tiempo.

Se cuenta que en cierta ocasión una distinguida exdirectora del OSCE debió pasar por esa prueba de conocimientos para cumplir con todos los requisitos que la regulación exigía para integrarse al Registro y se encontró del otro lado del mostrador nada menos que con quienes habían sido sus practicantes, convertidos en flamantes servidores del Estado que, desde luego, la trataron con toda amabilidad, pero que al mismo tiempo no pudieron disimular la obvia incomodidad que les causaba tener que examinar a quien les había enseñado sus primeras armas en las contrataciones públicas y el arbitraje.

El problema de la falta de árbitros se agravó considerablemente al eliminarse la renovación anticipada de la inscripción en el Registro Nacional con lo que todos los árbitros fueron condenados a rendir el examen de conocimientos y a aprobarlo con una calificación mínima de 14 puntos sobre

20 posibles, así como a pasar una entrevista personal como requisito indispensable para ser admitidos o para renovar su inscripción.<sup>10</sup>

Es verdad que hay profesionales muy destacados que han seguido en los últimos años todos los trámites que se han creado para acceder al Registro. Bien por ellos. Algunos son nuevos en el medio y esta, sin duda, probablemente sea una oportunidad valiosa para ir formando una especialización y consolidando todo lo aprendido en las aulas y en las numerosas lecturas con las que han ampliado sus conocimientos. Ojalá.

No obstante, no se pudo evitar el descalabro mayúsculo que sobrevino al punto que personalmente tuve que batallar para salvar la situación que corría el riesgo de arrasar con el propio arbitraje como medio de solución de controversias en materia de contratación pública, pues se llegó al extremo de disponer de solo 38 profesionales inscritos en el RNA, susceptibles de ser designados por las entidades o por los centros como presidentes de tribunal en caso de que los árbitros nombrados por cada parte no se pongan de acuerdo en elegir a uno.

En las instituciones se vivía por entonces un problema mayor, pues cuando debían hacer designaciones residuales no solo estaban limitadas a elegir a alguno de esos sobrevivientes, que cada día seguían disminuyendo, sino que el seleccionado tenía además que estar inscrito en el propio registro de la institución nominadora, porque así lo estipulan todos los reglamentos internos de cada centro.<sup>11</sup> Tarea de titanes. Me tomé la molestia de hacer cuadros e informar a las más altas autoridades del país, día a día, la cantidad de árbitros que podían designar los centros de la Cámara de Comercio de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Los reportes eran cada vez más alarmantes.

Hice múltiples proyectos para remediar el hecho concreto de que el número de árbitros que cesaban en el Registro era inmensamente mayor al número de árbitros que alcanzaban la inscripción. Con un dato adicional: ninguno o muy pocos de los nuevos inscritos pertenecía a los registros de los centros más acreditados, con lo que el cuello de la botella se estrechaba hasta el punto de poner en tela de juicio la subsistencia de la gran reforma que se hizo en 1997 y que permitió desde entonces resolver en sede arbitral —de manera rápida y eficaz— todas las discrepancias de los contratos regulados por la LCE.

Había otro agravante. Los ministros estimaban que era necesario aprobar una nueva Ley. Me costó mucho, a mí y a otros colegas consultados, explicar y convencer que no había tiempo para eso. Ni tiempo ni fuerzas porque el Gobierno de entonces no tenía —como tampoco la tuvo el régimen anterior que quería hacer algo parecido— una bancada parlamentaria dispuesta a agilizar la aprobación de un proyecto de esta envergadura que eventualmente el Poder Ejecutivo pueda remitir al Congreso de la República. En ese escenario, mi apuesta fue por la modificación del Reglamento que estaba vigente, sin tocar la Ley. Maniobrar, en el buen sentido del término, dentro del limitado margen que la Ley permitía, sin distorsionarla un milímetro en aplicación del expreso mandato constitucional que faculta al presidente a regular las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.<sup>12</sup>

Promulgar una nueva Ley de Contrataciones del Estado o alguna con otra denominación, pero idéntico objetivo se ha convertido, de un tiempo a esta parte, en parte medular de las aspiraciones de todo Gobierno que se precie. Cada nuevo régimen anhela tener su propia Ley y cada nueva Administración responsabiliza a la Ley de Contrataciones del Estado por el atraso de la inversión pública, por los excesivos trámites que la gestión de proyectos debe recorrer y por todas las deficiencias que puedan advertirse en el país. Esa impresión no es correcta. La Ley es el reflejo de un momento. Debe perfeccionarse, por supuesto, e ir progresivamente introduciendo en su texto las experiencias y consejos que su aplicación práctica pone de manifiesto. Pero de ahí a hacerla añicos y tirarla por la borda hay mucho trecho.

<sup>10</sup> Así está dispuesto en la Directiva n.º 006-2020-OSCE/CD.

<sup>11</sup> Reglamento de Arbitraje del Centro de la Cámara de Comercio de Lima, artículo 11 inciso 4; Reglamento de Arbitraje del Centro de la Pontificia Universidad Católica del Perú, artículo 27.

<sup>12</sup> Constitución Política del Perú, artículo 118 inciso 8.

Al escribir estas líneas, un nuevo proyecto propiciado por el Gobierno actual ha puesto de vuelta y media al mundo de las contrataciones públicas en el Perú, pues, entre otras novedades, buscaría regresar a la fórmula fracasada del pasado en la que el arbitraje era opcional para el Estado. Antes de 1998, ciertamente, las entidades podían pactarlo para solucionar sus conflictos, pero nunca o casi nunca lo hicieron porque eso hubiera puesto contra las cuerdas al funcionario que lo hubiera aceptado, al que se le habría iniciado un proceso de determinación de responsabilidades primero, y un largo y costoso juicio después, para, al cabo de varios años, se lo exculpe de toda responsabilidad y se le niegue cualquier resarcimiento por el acoso al que hubo de ser expuesto, incluso durante gran parte de esa jubilación que debió emplear para el merecido descanso en el seno familiar.

Solo se admitía el arbitraje en los contratos financiados con créditos procedentes del exterior cuyos convenios de préstamo así lo exigían, pues de lo contrario no prosperaban. Personalmente, pude comprobar que las controversias que en el marco de estos compromisos se generaban se resolvían de manera rápida y eficaz, como lo señalo reiteradamente, en tanto que las desavenencias que se derivaban de contratos financiados con fondos del Tesoro Público, del dinero de todos los peruanos, se enredaban en litigios interminables en el Poder Judicial una vez agotada la vía administrativa. El resultado: obras paralizadas, proyectos truncos, suministros frustrados y servicios inconclusos. Eso me motivó a hacer obligatoria en la norma especial lo que era opcional en la norma general.

El 2021 confieso que no tuve el éxito que hubiera querido con la reforma a la que no le escatimé apoyo y que quizás hubiera consagrado una solución definitiva a este grave problema. Pero se logró algo importante. El sábado 26 de junio del 2021 salió publicado en el diario oficial *El Peruano* la esperada norma que modificó un total de 37 artículos y una definición del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.<sup>13</sup>

En materia arbitral se subsanaron algunos errores del Reglamento y se introdujo algunas mejoras. Se corrigió, por ejemplo, como queda dicho, el exceso en el que se había incurrido al exigir que formen parte del Registro Nacional tanto el presidente del tribunal arbitral como el árbitro único que sean designados de manera residual por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado o por un centro, cuando la Ley solo ha previsto que esta obligación se aplique al primero y no al segundo, esto es, solo al tercer árbitro de un colegiado.<sup>14</sup>

Igualmente, incorporó una muy sabia disposición para evitar que los procesos se dilaten innecesariamente a través de una maniobra tan extendida como inaceptable. En adelante, si una parte acumula tres recusaciones infundadas en un mismo arbitraje, sean continuas o no, ya no podrá interponer ninguna otra, con lo que tendrá que dosificar muy bien esta medida y no abusar de ella como venía sucediendo.<sup>15</sup>

Por otro lado, se ha introducido el calendario de actuaciones y audiencias arbitrales que el tribunal debe elaborar una vez presentadas la demanda y su contestación o la reconvencción y su contestación si es que no lo ha hecho con anterioridad, sin perjuicio de la facultad que tiene para dictar las medidas que considere convenientes con el objeto de garantizar la celeridad del proceso.<sup>16</sup>

Se ha adicionado, asimismo, un numeral,<sup>17</sup> como les gusta decir ahora, que terminó reproduciendo tímidamente lo que la Ley de Arbitraje preceptúa sobre el recurso de anulación.<sup>18</sup> La propuesta revolucionaria, que impulsé sin fortuna, era que la norma impida que se interpongan recursos sustentados en alguna causal que cuestione la motivación del laudo. No prosperó, pero se ha quedado en sala de espera. Habrá que insistir.

<sup>13</sup> Decreto Supremo n.º 162-2021-EF, modificatorio del Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, previamente modificado por los Decretos Supremos n.ºs 377-2019-EF y 168-2020-EF.

<sup>14</sup> LCE, artículo 45.16.

<sup>15</sup> Reglamento de la LCE, artículo 234.4.

<sup>16</sup> Reglamento de la LCE, artículo 235.3.

<sup>17</sup> Reglamento de la LCE, artículo 239.3.

<sup>18</sup> Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1071, artículo 62 inciso 2.

La Ley de Arbitraje estipula que todo laudo debe ser motivado.<sup>19</sup> No precisa, obviamente, que esa motivación debe satisfacer a las partes, menos aún a aquella que entiende que ha perdido el proceso. Sin embargo, la gran mayoría de recursos de anulación que se interponen contra los laudos con el único fin de dilatar la conclusión del proceso y el pago de lo que se hubiere ordenado se refieren a objeciones a la motivación y eso no debería permitirse. La motivación puede no gustar a una parte, pero mientras esté puesta, así sea breve o ininteligible, no puede ser susceptible de observarse. Está expresamente prohibido, bajo responsabilidad, que la corte se pronuncie sobre el fondo de la controversia, el contenido de la decisión, los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal. Por consiguiente, no se puede pedir que el Poder Judicial analice las razones en las que se sustenta el laudo.

Las modificaciones de junio, finalmente, inscribieron en forma automática en el Registro Nacional de Árbitros a quienes formaban parte de la denominada Nómina de Profesionales Aptos para Designación Residual en el momento en que se puso en vigencia el RNA.<sup>20</sup> Esa inscripción, empero, tendrá vigencia solo hasta el 30 de junio del 2022.

¿Qué pasará después? Si no se hace nada, saldrán del Registro todos los árbitros que se habían beneficiado, por decirlo de alguna manera, con esa disposición y volverán a quedarse adentro solo aquellos que han ingresado siguiendo el procedimiento establecido para el efecto que considera varias etapas, para mi gusto excesivamente burocráticas, entre las que destaca el mencionado examen de conocimientos y la entrevista personal, como si se tratase de candidatos a un cuerpo militarizado, de formación universitaria o estatal que debe rendir cuenta de los profesionales que admite y de aquellos que rechaza.

El problema que se suscitó el año pasado y que obligó a la aprobación apresurada de esa inscripción automática volverá a presentarse. Es verdad que durante el tiempo transcurrido varios profesionales han pasado satisfactoriamente todas las etapas del procedimiento y han logrado su inscripción. Eso no garantiza que no vuelvan a quedar muy pocos árbitros hábiles, porque así como se han integrado algunos, a muchos otros se les ha vencido la inscripción que tenían y muchos otros ni siquiera han retornado al RNA, a pesar de la inscripción automática, porque su licencia había caducado desde mucho antes. Entre esos nuevos árbitros que se han incorporado al Registro desde luego que hay profesionales muy destacados y de seguro que con amplios conocimientos sobre derecho administrativo, contratación pública y arbitraje. Pero en su mayoría, sin duda, sin mayor experiencia. Tienen los conocimientos y están por forjarse la experiencia. En buena hora.

Los contratos del Estado, empero, no pueden ser la escuela para que adquieran esa experiencia que les falta a aquellos árbitros que recién empiezan. Quizás en adquisiciones de pequeña escala la premisa pueda ser válida, pero confiar la solución de grandes controversias que se derivan de operaciones que involucran varios millones de soles en las manos de profesionales muy serios que no han administrado justicia nunca es un riesgo que el país no se puede permitir.

¿Cuál es la solución? En poco tiempo no se podrá cambiar la Ley, naturalmente. Así como no se pudo antes, no se puede ahora. El Poder Ejecutivo enfrenta el mismo problema. Y el Poder Legislativo está tan atomizado que no puede ofrecer una solución como la que se requiere. Lo que se puede hacer es modificar el Reglamento. Nuevamente. Pero esta vez, modificar un solo numeral de un solo artículo. He allí la clave para resolver el impase. Hay un artículo que se ocupa específicamente del Registro Nacional de Árbitros, el artículo 242. El primer numeral lo define como el listado de profesionales que pueden desempeñarse como árbitros designados por una entidad o de manera residual, tal como se ha señalado.

El segundo numeral, que es al que apuntan mis baterías, le encarga a una directiva, que expedirá el OSCE, regular la incorporación, permanencia, derechos, obligaciones, suspensión y exclusión de

<sup>19</sup> Ley de Arbitraje, artículo 56 inciso 1.

<sup>20</sup> Decreto Supremo n.º 162-2021-EF, primera disposición complementaria transitoria.

sus miembros, así como su evaluación o ratificación periódica. En su aplicación se ha aprobado una Directiva<sup>21</sup> que rige desde que entró en vigencia el Texto Único de Procedimientos Administrativos<sup>22</sup> aprobado mediante Decreto Supremo n.º 160-2020-EF. La Directiva establece la etapa de calificación de la solicitud, la etapa de evaluación de conocimientos que obliga a aprobar el famoso examen presencial con un mínimo de 14 puntos sobre 20 posibles y la entrevista personal que decidirá si el postulante, así llamado, es declarado apto o no.

Mi primera opinión es que el proceso es eliminatorio en lugar de ser clasificatorio, según los términos de moda. Busca sacar de carrera al candidato en vez de alentarlos. Su objetivo debería ser propiciar la incorporación de nuevos árbitros y no la de ahuyentar a los profesionales de esta actividad. Eso respecto del proceso tal como está diseñado en la Directiva.

Mi propuesta es cambiar el enfoque. En primer lugar, la redacción del numeral. Está bien que le encargue a una Directiva, pero para que regule «la incorporación i) a través de la acreditación de experiencia; ii) a través de la acreditación de conocimientos; o, iii) a través de una invitación; y para que establezca los derechos y obligaciones de los profesionales inscritos en el RNA-OSCE, así como los casos excepcionales en los que procede su suspensión o exclusión».

Con un texto así no puede quedar ninguna duda de que la inscripción procede a través de dos caminos tradicionales y uno excepcional: la acreditación de conocimientos, como es ahora, y la acreditación de experiencia, como debería ser adicionalmente en el futuro, como fue siempre y como es en los centros de arbitraje en todo el mundo. El camino excepcional será el de la invitación, que se formulará a aquellos profesionales que básicamente no quieren ser árbitros, pero cuyo concurso se considera útil para la resolución de conflictos de especial complejidad, que una entidad los propone por estimar necesaria su participación o que una institución o el propio OSCE entienden que podrían contribuir a solucionar algunas controversias, y que son confirmados por el mismo Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado e incorporados a su Registro para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley.

La idea es abrir las puertas para que se puedan inscribir todos aquellos profesionales que lo deseen acreditando su experiencia en arbitrajes de la manera más fácil, adjuntando copia de los laudos emitidos, por ejemplo. Quienes no tengan experiencia podrán acreditar conocimientos por medio de la fórmula vigente o por alguna otra más amigable con la política de incentivar la presencia de una mayor cartera de árbitros. La otra idea sustancial es dejar también abierta la posibilidad de que cualquier profesional reconocido y destacado pueda ser invitado por alguna entidad, por algún proveedor o por el propio OSCE para que sea árbitro en cualquier proceso. Que baste un trámite simple para que pueda hacerse realidad esa tercera forma de inscribirse.

Está claro que la permanencia en el Registro es indefinida y que solo puede suspenderse en casos muy puntuales. Los casos de exclusión deben ser de suma gravedad para que puedan prosperar. Estarán debidamente tipificados en la respectiva Directiva, tal como lo están en la vigente.

Otra opción es modificar la Directiva n.º 006-2020-OSCE/CD aprobada para regular el RNA y que se ocupa de una sola forma de inscripción y de la permanencia así como de los casos de suspensión y exclusión. En esa misma Directiva podrían agregarse, en adición a la forma ya prevista, los otros dos procedimientos de incorporación: acreditando experiencias, el primero, y por invitación, el segundo.

¿Qué se ganará con esto? Pues una solución definitiva al grave problema de escasez de árbitros por el que atraviesa la contratación pública. Ya no serán solo los 134 que quedaron habilitados en algún momento gracias a la modificación de junio pasado. Serán muchos más. El universo de árbitros

<sup>21</sup> La Directiva n.º 006-2020-OSCE/CD ya citada.

<sup>22</sup> TUPA del OSCE, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 160-2020-EF.



crecerá de manera exponencial y tanto entidades como instituciones nominadoras ya no se encontrarán en el dilema de elegir siempre a los mismos árbitros con el riesgo inminente de que declinen o sean recusados.

El más importante centro de arbitraje a nivel internacional es el que administra la Cámara de Comercio de París. No tiene registro de árbitros. Cualquier profesional puede ser propuesto para desempeñarse como tal. Solo requiere que la Corte lo apruebe, tal como sucede en el Perú con la Cámara de Comercio de Lima que tiene su propia lista de árbitros, pero en la que pueden arbitrar con toda libertad los profesionales que no están inscritos en ella. Basta que sean designados para el cargo y que la Corte, igualmente, apruebe su participación.<sup>23</sup> O lo que sucede en el Centro de la Pontificia Universidad Católica que también tiene su propia lista y en la que también las partes pueden designar a quienes no están en ella.<sup>24</sup> Es lo que debería hacerse en el país con los muy destacados profesionales que no están inscritos en el Registro del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, o con aquellos que probablemente no quieren ser árbitros, pero que ocasionalmente podrían aceptar una invitación para contribuir con sus valiosos conocimientos y experiencias en la resolución de conflictos particularmente difíciles.

Entretanto, hay que permitir que los profesionales incorporados en el RNA puedan ratificar su inscripción —en línea con lo dispuesto en el numeral 242.2 del artículo 242 del Reglamento— para que el país no se quede sin árbitros durante el tiempo que demande la aplicación de las nuevas medidas que se adopten, cualquiera que ellas sean. Que en paralelo se invite a la mayor cantidad de otros profesionales para que se integren al Registro sería otra acción muy positiva para atraer a los más capacitados y con mejores trayectorias.

Los árbitros jóvenes, entretanto, deben entender que la experiencia se consolida con el paso del tiempo y con el continuo ejercicio de la actividad. No se adquiere de un día para otro. Deben entender que los árbitros con experiencia alguna vez no la tuvieron y la fueron forjando con paciencia, sin ahuyentar a sus mayores, sino coexistiendo y compartiendo tribunales con ellos. Deben comprender que ellos también llegarán a ser árbitros con experiencia y sabrán diferenciar entonces lo que es la carga de los años que terminan enseñando mucho más de lo que se aprende en las aulas. En ese esfuerzo debe buscarse un Registro Nacional de Árbitros abierto hacia el futuro.

---

<sup>23</sup> Reglamento de Arbitraje del Centro de la Cámara de Comercio de Lima, artículo 11.

<sup>24</sup> Reglamento de Arbitraje del Centro de la Pontificia Universidad Católica, artículo 23.



## ASPECTOS JURÍDICOS Y PRINCIPIOS PROCESALES DEL ARBITRAJE

Julio César Guzmán Galindo\*

**Sumario:** Nota preliminar.— 1. El arbitraje: un «contrato» o un «proceso».— 2. Arbitraje y jurisdicción.— 3. La relación entre el Poder Judicial y el arbitraje.— 4. Los principios procesales en el proceso arbitral.— 4.1. El principio del derecho a un debido proceso.— 4.2. El principio del derecho de defensa.— 4.3. El derecho a la contradicción.— 4.4. Derecho de audiencia (derecho a ser oído).— 4.5. Derecho a un juez (árbitro) independiente e imparcial.— 4.6. Derecho a la evidencia (derecho a probar sus pretensiones).— 4.7. Principio de economía procesal (derecho a un plazo razonable).— 4.8. Derecho a una decisión razonable, motivada y fundada.— 4.9. Derecho al recurso (derecho a impugnar).— 5. Principios propios o inherentes al arbitraje.— 5.1. El principio de buena fe y lealtad.— 5.2. Principio de mínima intervención judicial.— 5.3. Principio de plena independencia del tribunal.— 5.4. Principio *kompetenz kompetenz*.— 5.5. Principio de flexibilidad de reglas.— 5.6. Principio de confidencialidad.— 5.7. Principio de inimpugnabilidad y ejecutabilidad de la decisión arbitral.— 6. El inicio del litigio arbitral.— 7. La constitución y la instalación del tribunal arbitral.— 8. La interposición de las medidas cautelares en el arbitraje.— 9. El *iter* procesal y las actuaciones arbitrales.— 10. La emisión del laudo.— 11. Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.— 12. Carácter procesal del laudo.— 13. La anulación del laudo.— 14. Naturaleza jurídica de la acción de anulación del laudo.— 15. Sujetos en el proceso judicial de anulación.— 16. Bibliografía.

### NOTA PRELIMINAR

Todo lugar, país, época y momento histórico tiene sus protagonistas. En el campo del derecho, las instituciones jurídicas y la praxis misma se desarrollan no solo con base en las ideas, sino también por el ímpetu de quienes concretan las mismas. Desde que, por primera vez, tuvimos una Ley de arbitraje, allá a finales de 1992, tuvieron que pasar muchos años para que la práctica y el desarrollo del arbitraje se consolide en nuestro país.

Una de las personas más notables, a quien se le debe reconocer su protagonismo, ímpetu y loable entrega personal al desarrollo de la cultura jurídica del país y, principalmente, a la consolidación del arbitraje es, sin duda, el doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla.

De igual forma, debe reconocérsele su gran don de gentes para convocar a toda la comunidad jurídica, nacional e internacional, interesada en el verdadero desarrollo de la institucionalidad del arbitraje y su consolidación en nuestro país.

Desde hace muchos años, por mi interés y vocación por la práctica del arbitraje, tuve el grato honor de intercambiar ideas con el doctor César Guzmán-Barrón y ver su gran capacidad para concretar las ideas y llevar a la praxis el desarrollo de una institución tan compleja en nuestro país como es el arbitraje.

---

\* Abogado, árbitro y profesor universitario. Doctor en Derecho, con mención *cum laude* por la Universidad Complutense de Madrid, España, y abogado por la Universidad Católica de Santa María, Arequipa.

De esa praxis jurídica del arbitraje surge la idea del presente artículo referido a los aspectos procesales y los principios jurídicos que rigen el arbitraje. Agradezco igualmente, al comité editorial, por el honor que se me brinda en colaborar con esta obra colectiva en homenaje al doctor César Guzmán-Barrón Sobrevilla.

## 1. EL ARBITRAJE: UN «CONTRATO» O UN «PROCESO»

En las nociones introductorias al arbitraje es frecuente encontrar debates o discusiones en torno a uno de los dos aspectos de la naturaleza del arbitraje. Por un lado, se le atribuye una perspectiva contractual referida al convenio arbitral y, por otro, su aspecto procesal, cuando surge la controversia derivada del contrato. Desde mi punto de vista, es una disquisición innecesaria que no contribuye a entender la dimensión jurídica del arbitraje.<sup>1</sup>

El arbitraje es una institución jurídica transversal y compleja, en la que se presentan los dos aspectos. En un aspecto, en su origen es un contrato, dado que surge del acuerdo y de la voluntad de las partes de someterse a la decisión de un tercero (árbitro), en caso surja una controversia. Por otro lado, el arbitraje configura un proceso, esto es, una contingencia que depende del surgimiento de una controversia (conflicto) derivada de la celebración o la ejecución del contrato.

El arbitraje, desde el punto de vista pragmático y de su dogmática, es, en esencia, un medio para resolver las controversias derivadas del contrato. En ese sentido, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985 evitó prescribir una definición de la institución arbitral, contractual o procesal,<sup>2</sup> lo cual resulta conveniente para evitar considerar el arbitraje como contrato o como proceso.

## 2. ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN

El arbitraje, desde su óptica procesal, tiene relación con el concepto de jurisdicción. En ese sentido, se debe considerar que la jurisdicción, o *jurisdictio*, como el poder que tienen los jueces de decidir o dictar el derecho para resolver una controversia, se realiza desde la óptica del poder jurisdiccional o poder del Estado.

La jurisdicción siempre fue estudiada desde la perspectiva estatal y, actualmente, desde el punto de vista constitucional. Con el desarrollo del arbitraje, el concepto de jurisdicción debe ser precisado dentro del contexto del proceso arbitral. La «función jurisdiccional» siempre se define en el derecho procesal, destacando como elementos que la configuran: la organización del Poder Judicial, la figura procesal de la competencia y la función del juez, así como la actuación de las partes.

De acuerdo a esos conceptos, considero que si bien el árbitro no realiza una función de juez nombrado por el Estado y no administra justicia en nombre del Estado, sí cumple una función de resolver una controversia y en cierta forma «administra justicia». Pero habría que definir qué naturaleza jurídica tiene esta potestad jurisdiccional de los árbitros.

Se debe considerar que los árbitros, designados por voluntad de las partes, ejercen una «jurisdicción de carácter privado». Los árbitros son «jueces» elegidos por las partes directamente, son «jueces privados», que aceptan y asumen un encargo para que decidan y resuelvan una controversia.

El carácter jurisdiccional del arbitraje no solo se da por la voluntad de las partes, al elegir al árbitro, sino también por prescripción de la normativa constitucional.

El reconocimiento del arbitraje como jurisdicción se basa en el precepto constitucional contenido en el artículo 139 numeral 1 de la Constitución Política.

<sup>1</sup> La referencia a los «debates estériles» en torno a la naturaleza del arbitraje y la síntesis de las mismas *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. A. y G. STAMPA. *Principios generales del arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 29.

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

Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

[...].».

La «constitucionalización del arbitraje», por cierto, le otorga a la institución arbitral y, por ende, al mismo proceso arbitral, un reconocimiento del ordenamiento legal y constitucional. El mecanismo privado del arbitraje para la solución de controversias es una institución que se basa en el contrato o convenio arbitral (ley entre las partes) y en la norma constitucional, por ende, tendría todo el valor jurídico para reconocer su naturaleza jurisdiccional.<sup>3</sup>

Por ello, resulta claro que no se puede desconocer estas dos características: por un lado, el arbitraje basado en el principio de autonomía de la voluntad; y, por otro, el carácter jurisdiccional reconocido constitucionalmente. Conforme a esta última característica, los árbitros asumen un rol no solo de jueces «privados», sino también de jueces cuyos fallos son reconocidos absolutamente y con toda su eficacia jurídica por el ordenamiento legal y constitucional del país.

En ese sentido, el artículo 139 de la misma Constitución establece que la decisión arbitral contenida en el laudo tiene carácter de «cosa juzgada». La decisión arbitral es reconocida por el ordenamiento y tiene todos efectos jurídicos, al igual que una sentencia consentida o ejecutoriada dictada en sede del Poder Judicial.

### 3. LA RELACIÓN ENTRE EL PODER JUDICIAL Y EL ARBITRAJE

Considero, de acuerdo a las nociones anteriores, que la institución del arbitraje y la institución del Poder Judicial no deben entenderse como dos instituciones separadas.

El mecanismo jurídico-constitucional de administración de justicia estatal, que se conoce como «jurisdicción estatal» o «jurisdicción ordinaria», a la vez, debe comprenderse con el mecanismo de la jurisdicción arbitral; por ello, deben concebirse como instituciones de un mismo ámbito que es la administración de justicia. Una estatal de carácter pública, y la otra como el arbitraje de carácter privado.

En ese sentido, desde mi óptica, el arbitraje y la función judicial forman parte de la jurisdicción y de la administración de justicia en el contexto regulado por la normativa constitucional. En ambas instituciones se administra justicia, una ordinaria y la otra de forma excepcional, cuando las partes lo acuerdan, pero al fin, en ambos casos, siempre con reconocimiento jurídico del Estado y de la Constitución.

En ese sentido, el arbitraje no se debe concebir como «medio alternativo». La idea de que el arbitraje suple al sistema judicial o que el arbitraje es más «eficaz» que el sistema del Poder Judicial no ayuda a una ni otra institución. El fortalecimiento, el desarrollo y la modernización del Poder Judicial es de real importancia para el desarrollo del mismo arbitraje. De igual forma, precisar que el arbitraje se fortalecerá en la medida que exista un Poder Judicial de alto nivel y cultura jurídica.

La institución del arbitraje y del Poder judicial se fortalecerán también con el avance de la cultura jurídica y su modernización en la práctica profesional, con alto estándar, de los abogados y despachos

<sup>3</sup> Acerca del reconocimiento constitucional del arbitraje en la Constitución Política ver los comentarios de SANTISTEVAN DE NORIEGA, J. C. «La habilitación constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú». En *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010, n.º 1, vol. III, pp. 43-83.

jurídicos. En conjunto, entonces, el desarrollo del arbitraje, la modernización del Poder Judicial y el alto estándar de la práctica jurídica de todos los abogados producirá una simbiosis positiva en los integrantes de toda la comunidad jurídica.

Por ello conviene comprender como parte del mismo sistema jurídico de administración de justicia al arbitraje y a la función jurisdiccional de los jueces. Claro, cada uno dentro de sus funciones y naturaleza.

Por otro lado, es de precisar que los jueces deben conocer la naturaleza de las prácticas del derecho privado y de la naturaleza jurídica del arbitraje mismo para que puedan adoptar decisiones idóneas y adecuadas.

En ese contexto, los jueces, los árbitros y los abogados deben conocer la «cultura del arbitraje», que tiene sus propias características y prácticas. En el caso de los árbitros y abogados considero que deben conocer a profundidad y dominar los principios y la dogmática del derecho procesal, y de la institución jurídica, que conocemos como «proceso».

#### 4. LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN EL PROCESO ARBITRAL

Al tratar de los principios procesales, nos referiremos a los principios del derecho procesal, y a los principios propios o inherentes al arbitraje.<sup>4</sup>

Los principios son reglas o directrices que pueden estar regulados o contenidos en las disposiciones legales (Ley de Arbitraje - LA) o pueden estar taxativamente configurados en la dogmática del arbitraje.

Los principios del derecho procesal que son aplicables al proceso arbitral son los siguientes: i) derecho a un debido proceso, como principio base; luego, ii) el principio del derecho de defensa; iii) el derecho a la contradicción; iv) derecho de audiencia (derecho a ser oído); v) derecho a un juez (árbitro) independiente e imparcial; vi) derecho a la evidencia (derecho a probar sus pretensiones); vii) principio de economía procesal (derecho a un plazo razonable); viii) derecho a una decisión razonable, motivada y fundada; ix) derecho al recurso (derecho a impugnar).

##### 4.1. *El principio del derecho a un debido proceso*

Es un principio rector del cual se derivan los demás principios del proceso. Las partes que recurren al arbitraje no solo ejercen su derecho (derecho a un proceso), sino que por «principio» el proceso debe ser «debido». Se debe entender como «debido» un proceso arbitral que reúna las características de ser un «proceso justo», «correcto», «oportuno» y «adecuado».

Es evidente que la garantía de un «debido» proceso, con las referidas características, la dará el árbitro o los árbitros. Ellos son los garantes del «debido proceso». De ahí la vigencia del aforismo: «el arbitraje vale lo que vale el árbitro». Por ello, es muy importante velar y asegurar, en el proceso de designación, la calidad e idoneidad de los árbitros. Una acertada designación de los miembros del tribunal arbitral garantizará un correcto arbitraje.

La garantía de un debido proceso es de orden del derecho natural también, pues supone la prevalencia de la justicia y del orden, el respeto a las reglas del proceso, así como la correcta aplicación e interpretación de las mismas por parte de los árbitros en las actuaciones del proceso. El debido proceso garantiza la finalidad del proceso arbitral, que es la expedición de una decisión arbitral justa y acertada con relación al caso o controversia sometida al tribunal arbitral.

<sup>4</sup> Como indica la doctrina, se trata de inducir y exponer principios generales del arbitraje, capaces de generar, subprincipios y normas particulares o perfectas. *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. A. y G. STAMPA. *Op. cit.*, p. 21.

En el arbitraje, son las partes las que acuerdan las reglas del proceso. El proceso es *inter partes*, en ese contexto, el debido proceso se debe basar en la regla de la bilateralidad y de la contradicción, así como el respeto al derecho de defensa y la garantía de un juez (árbitro) independiente e imparcial.

Cabe precisar también que el «debido proceso», como derecho y como principio implica que las partes tengan las garantías de alegación (derecho a argumentar), prueba (derecho a presentar evidencias) y defensa (tener la asistencia de un abogado).

#### **4.2. *El principio del derecho de defensa***

Este principio en el arbitraje se cumple en el sentido de que la parte pueda ejercer su derecho de alegación. Si bien en el arbitraje no es requisito que las partes intervengan por intermedio de un abogado, es usual que lo hagan, dado que los arbitrajes frecuentemente son de derecho. No existirá afectación del derecho, en caso una parte no intervenga con abogado.

El principio de defensa, en determinado sentido, está previsto como una causal de anulación del laudo (literal b, del artículo 63 de la LA). La disposición de la LA establece que el laudo puede ser anulado cuando la parte pruebe y alegue que no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. En este caso, se debe entender limitación al ejercicio de derechos de una de las partes como puede ser que no se le permita la actuación del abogado en audiencia, se limite la interposición de un recurso o se limite el tiempo para una alegación, no se permita actuar una prueba, entre otros supuestos.

#### **4.3. *El derecho a la contradicción***

El derecho a la contradicción, como principio, tiene relación con la esencia del proceso mismo. Existe o surge un proceso que tiene como finalidad que se produzca una decisión arbitral que resuelva una controversia. Para que se cumpla esa finalidad a cabalidad se requiere que la instancia arbitral (los árbitros) conduzcan una línea de actuación argumentativa de las partes. El debate, las alegaciones y el desarrollo de los argumentos tiene relación con la concepción filosófica de la dialéctica (tesis-antítesis-síntesis-tesis-antítesis-síntesis...).

De acuerdo a este principio, las partes que contraponen sus alegaciones y argumentos deben tener todas las garantías para refutar y contradecir lo que la otra parte alegue. Es un principio que tiene estrecha relación con el derecho a la defensa.

En lo que se refiere a la conducción del proceso por parte del tribunal arbitral, los árbitros deben seguir la regla general, en el sentido de que toda alegación, argumento, prueba, escrito o recurso que presente una parte debe ser puesta en conocimiento de la otra parte a efecto que manifieste lo que convenga a su derecho. Conducir el proceso sin observar esta regla puede conllevar a vicios procesales y la nulidad del proceso mismo. Por ejemplo, no se puede aprobar un peritaje si antes la otra parte no ha tenido la oportunidad de observar el informe, de ser el caso, y de acuerdo a la naturaleza de la controversia, el tribunal deberá someter a debate el informe pericial.

#### **4.4. *Derecho de audiencia (derecho a ser oído)***

Este principio también tiene relación con el debido proceso y el derecho a la defensa. Se concreta en que la parte tiene derecho a que el tribunal atienda sus pretensiones y alegaciones y las resuelva oportunamente. Es por ello que el enunciado del principio es derecho a ser oído y a obtener una decisión en un plazo razonable. Este principio implica también que la parte tenga derecho a la asistencia de un abogado y pueda ejercer su defensa y proveerle de los conocimientos jurídico-técnicos del caso. En virtud de este principio, el árbitro está en obligación de pronunciarse expresamente sobre todo pedido o alegación de las partes.

#### **4.5. *Derecho a un juez (árbitro) independiente e imparcial***

Las partes que actúan en un proceso arbitral tienen derecho a que los árbitros tengan la debida independencia, imparcialidad y libertad para decidir la controversia.<sup>5</sup>

El árbitro debe ser independiente en el sentido de que sobre él no existe ningún tipo de injerencia, vínculo o dependencia que pueda influir o desviar su decisión. Por otro lado, el árbitro es libre en la medida que puede adoptar sus decisiones en forma autónoma.

Las referidas condiciones se darán en la medida que las cualidades profesionales y personales, así como la preparación y experiencia del árbitro, sean las adecuadas. Como se ha expresado, el arbitraje vale lo que valen los árbitros. Se puede decir de igual forma que el proceso tendrá la calidad y el valor en la medida que la idoneidad de los árbitros esté provista de las referidas cualidades. El recibir dádivas, estar condicionado, presionado o afecto a alguna simpatía o aversión puede llevar a una decisión inadecuada en el curso del proceso arbitral.

#### **4.6. *Derecho a la evidencia (derecho a probar sus pretensiones)***

Este principio también puede denominarse «derecho a la prueba», que es un principio del proceso por el cual las partes tienen derecho a ofrecer y utilizar todos los medios de prueba para poner en evidencia y certeza sus pretensiones. De ese modo, las partes deben crear convicción en los árbitros con relación a las pretensiones actuadas en el proceso.

Las partes en su demanda deben proponer y ofrecer sus pruebas. De igual forma, la parte que contesta o formula una reconvencción (que es una demanda en sí). Al presentar u ofrecer las pruebas, las partes deben precisar respecto a cada una y de su mérito qué es lo que pretenden probar. Deben usar la fórmula: «[...] ofrezco: el mérito de determinada prueba (documento, testigo, pericia u otra), a efectos de probar (precisar el punto o extremo de su pretensión o hecho concreto que pretende probar)».

El derecho a la prueba implica también que se admita la misma por el tribunal arbitral, siempre que reúnan los requisitos o presupuestos. En este caso, por ejemplo, no se debe ofrecer como prueba un texto normativo (una Ley). En algunos casos, las partes ofrecen como prueba un decreto, un cuerpo normativo y ello no corresponde, en todo caso son argumentos de derecho, pero no prueba. En otros casos ofrecen como prueba «copia de un correo electrónico» o la página web o un *link* determinado de internet. En esos casos, las copias deben corroborarse con informes técnicos y en el caso de sitios web además podría efectuarse una constancia por notario público. En un caso, por ejemplo, la parte ofreció la prueba a efectos de que el árbitro pueda visualizar el *link* en la web. Este es un ofrecimiento improcedente, dado que las páginas cambian o la parte interesada puede modificar su contenido.

En este aspecto, se debe considerar también que el ofrecimiento de determinada prueba debe estar directamente relacionada con una pretensión. Se trata de verificar la pertinencia en el ofrecimiento y de la actuación de las pruebas. De cumplirse con la debida admisión de la prueba, el derecho implica también que la misma sea actuada y practicada. Finalmente, el derecho a la prueba conlleva el derecho a que sea valorada por el tribunal arbitral, lo que requiere una debida motivación en el laudo.

---

<sup>5</sup> GONZALES DE COSSÍO, F. *El árbitro*. México D. F.: Porrúa, 2008, p. 13.

#### **4.7. Principio de economía procesal (derecho a un plazo razonable)**

Una de las razones de la elección del arbitraje con relación al proceso judicial es su eficacia en razón del tiempo. La economía procesal es una característica, o debe serlo, inherente al arbitraje. Las partes, y sobre todo las empresas, requieren procesos que no se prolonguen en el tiempo.<sup>6</sup> En los costos de las empresas, el tiempo que dura un proceso tiene impacto patrimonial y financiero, por ello su elección para decidir la controversia por el arbitraje.

#### **4.8. Derecho a una decisión razonable, motivada y fundada**

Las partes tienen derecho a que la decisión de los árbitros sea razonada y motivada. Esta es una cuestión en la que se discute si la decisión arbitral debe ser motivada igual que una sentencia judicial. En principio, la Ley de Arbitraje dispone que el laudo debe ser motivado (numeral 1 del artículo 56 de la LA). En ese sentido, los árbitros deben cumplir en adoptar una decisión debidamente razonada. Se entiende que una decisión es razonada cuando se sustenta en argumentos y consideraciones de hecho y de derecho. Todo laudo debe estar justificado desde el punto de vista jurídico, de derecho y en el aspecto de los hechos. En este último aspecto debe basarse en las pruebas debidamente actuadas en el proceso. Nos referimos a los arbitrajes de derecho, dado que en los arbitrajes de «equidad», no muy frecuentes, los árbitros deciden de acuerdo a su leal saber entender. En ambos casos, la decisión debe ser lógica, coherente, ordenada y clara. Se debe evitar la ampulosidad, la exageración en los argumentos o el desarrollo de un discurso lato.

La diferencia de una decisión arbitral con la judicial está en los argumentos de derecho o jurídicos. Los jueces deben aplicar e interpretar la ley, los códigos, las normas jurídicas, principalmente. En el caso del arbitraje, los árbitros deben aplicar, primero, las normas privadas acordadas por las partes, las normas contractuales interpartes. En caso, esas normas —de las partes— indiquen el sometimiento a determinada fuentes de derecho nacional o extranjera se aplicará la elegida por las partes (*lex contractus*).

#### **4.9. Derecho al recurso (derecho a impugnar)**

En el caso del arbitraje, si bien por su naturaleza no existe la «doble instancia» o el derecho a impugnar u obtener dos decisiones jurisdiccionales, sí existe el derecho de objeción.

Las partes pueden objetar o formular una reconsideración respecto a las decisiones de la instancia arbitral en el plazo previsto en el reglamento arbitral o en las reglas acordadas (artículo 49 de la LA). La reconsideración procede contra las decisiones arbitrales, excepto en el caso del laudo, que tiene otra regulación.

Una vez expedido el laudo, en estricto, no existe un «recurso» para impugnar el mismo, como erróneamente prevé la LA. El «recurso de anulación», denominado así por la LA, desde el punto de vista procesal no es un «recurso», dado que el laudo es inimpugnable. Esto lo explicaremos más adelante, pues la anulación supone una acción en forma que se debe presentar mediante una demanda ante el Poder Judicial.

Con relación a la reconsideración, en caso la parte interesada no observe, objete, cuestione o formule cualquier inobservancia en las actuaciones arbitrales, o alegue que se ha cometido una infracción a la LA, a un acuerdo de las partes o a una disposición del reglamento arbitral, se entiende que ha renunciado a objetar el laudo por las circunstancias respectivas (artículo 11 de la LA).

---

<sup>6</sup> CORREDOR HIGUERA, J. A. «Una aproximación a los principios procesales aplicables en los sistemas de solución de controversias del derecho internacional económico». En *Opinión Jurídica*, 2015, n.º 27, vol. 14, pp. 100.

## 5. PRINCIPIOS PROPIOS O INHERENTES AL ARBITRAJE

### 5.1. *El principio de buena fe y lealtad*

Este principio, que es también un principio general del derecho, desde el punto de vista procesal y del arbitraje, implica que las partes deben actuar con corrección y honestidad durante las actuaciones del proceso.

Las partes deben observar no solo las reglas del proceso, sino también las del contrato y la ley aplicable. Este deber-principio comprende también una actuación ética o ajustada a principios de justicia y equidad. Es un principio que las partes deben respetar, dado que viene también de la negociación, celebración y ejecución del contrato mismo y del acuerdo contenido en el convenio arbitral.

La buena fe (*good faith*) en las actuaciones procesales se debe complementar con el principio de lealtad (*duty of loyalty*). Según este principio, además de actuar con buena fe, las partes deben evitar situaciones o relevar cualquier circunstancia que pueda causar daño o perjuicio a la otra parte, cumplir con el deber de cooperación recíproca, actuar en forma coherente y no en contra de sus propias declaraciones o conductas. En ese contexto, las partes, por ejemplo, deben proporcionar toda la información, documentos, pruebas para alcanzar la finalidad del proceso. Del mismo modo, deben actuar cuidando no perturbar, impedir u obstaculizar las actuaciones o la presentación de pruebas.

El principio de buena fe está regulado en la LA (artículo 38), el cual comprende también el deber de colaboración entre las partes y con el mismo tribunal arbitral.

### 5.2. *Principio de mínima intervención judicial*

Con relación a este principio que rige el proceso arbitral se debe considerar que las partes recurren al arbitraje, precisamente, para optar por una vía eficaz, célere, en la que no se produzca la intervención judicial. En ese sentido, el proceso arbitral adquiere la calidad de una vía autónoma, por ende, no debe existir ninguna interferencia en las actuaciones arbitrales. En el caso de la intervención judicial, que prevé la legislación, esta es mínima.<sup>7</sup>

La normativa dispone que por regla general la autoridad judicial no intervenga, y si lo hace, a instancia de parte, lo haga en los casos y con las limitaciones que la ley establece (numeral 1, artículo 3 de la LA).

La autonomía del proceso arbitral se ratifica en la regla según la cual las disposiciones procesales contenidas en la legislación arbitral que regula toda actuación judicial con relación al arbitraje prevalecen sobre las disposiciones del Código Procesal Civil.

En aplicación de este principio también se garantiza la independencia de la función arbitral. En ese sentido, se establece que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante la anulación del laudo que en vía de acción puede interponerse ante el Poder Judicial.

La misma regla establece que la intervención judicial que pretenda ejercer un control en las funciones de los árbitros o interferir en las actuaciones arbitrales, está sujeta a responsabilidad (numeral 4, artículo 3 de la LA).

---

<sup>7</sup> Se precisa que las legislaciones han previsto fórmulas restrictivas de la posibilidad de acceso a los tribunales de justicia para las partes en un proceso arbitral. *Véase* SALA SÁNCHEZ, P. «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones». En *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, n.º 2, vol. IX, p. 334. SÁNCHEZ LORENZO, S. A. «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional». En *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, n.º 1, vol. IX, pp. 13-44.



En caso de que se produzca una acción de anulación en la vía judicial, los jueces están prohibidos bajo responsabilidad, igualmente, de pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral (numeral 2, artículo 62 de la LA).

Conforme a la disposición glosada, los jueces no pueden revisar los considerandos de la decisión arbitral, o las razones que expusieron los árbitros para laudar. Los jueces solo deben, conforme a las reglas de la acción de anulación contenidas en la misma LA, revisar las causales de anulación, los supuestos invocados en la demanda y determinar si el laudo incurrió en alguna infracción o se encuentra en un supuesto de nulidad.

Se trata, así, de una revisión en sede judicial solo en los aspectos formales o en la inobservancia del principio del debido proceso, o incumplimiento de reglas o normas expresas. Puede darse también la anulación judicial cuando las actuaciones arbitrales y el mismo laudo (actuación final) no se ajusta o inobserva el acuerdo de las partes, del reglamento o alguna de las disposiciones de la misma LA. Todos los supuestos están contemplados y tasados en el artículo 63 de la LA.

El principio de mínima intervención se complementa con las reglas de colaboración judicial, este prevé determinadas situaciones a efectos de que los jueces intervengan para realizar actuaciones específicas.

Las actuaciones judiciales pueden darse en algunos casos, como para la adopción de medidas cautelares, cuando el tribunal arbitral no esté constituido. Puede darse, también, para la ejecución forzosa del laudo, para el reconocimiento de laudos extranjeros, así como para su respectiva ejecución. (artículo 8 de la LA).

Del mismo modo, puede darse la colaboración judicial para la actuación de pruebas. En ese caso, la autoridad judicial no puede, y no debe, calificar la procedencia de la actuación, tampoco admitirá recurso u oposición alguna contra la resolución que dicte. Respecto a la referida normativa, la ley prevé una excepción, mediante la cual, el juez puede no admitir la actuación de la prueba cuando el orden público y leyes expresas lo prohíban.

La ley no define lo que es «orden público», es un concepto abierto, y en tal sentido será materia de interpretación judicial según los supuestos de hecho que se presenten (artículo 45 de la LA).

### ***5.3. Principio de plena independencia del tribunal***

La independencia de la instancia arbitral supone que el árbitro, en las actuaciones del proceso y en la adopción de sus decisiones mismas, sea autónomo respecto a cualquier otra autoridad.

El principio antes referido se configura también como una garantía de la jurisdicción arbitral. En este aspecto, la instancia arbitral no depende de ninguna autoridad y no tiene relación jerárquica o sujeción a otra instancia.

Desde el punto de vista del árbitro, la independencia le da la garantía de actuar con total libertad y autonomía. Ninguna influencia judicial, administrativa o política debe interferir la actuación del árbitro.

Cabe precisar, en este punto, la figura del «árbitro de parte» cuando es designado por una de las partes. En este supuesto se observa en algunos casos que la parte que lo designa tiene la idea, errónea, que el árbitro es como un «abogado» de ella, dentro del arbitraje.

En esa línea, la parte considera que «su árbitro», dentro del tribunal, va a resolver el caso a su favor. Los abogados y los árbitros deben explicar a las partes que el árbitro designado va a resolver conforme a lo actuado en el proceso y al derecho aplicable. Se debe explicar que la decisión arbitral

se sujeta a los hechos probados y a las razones de derecho valederas y justificadas que sustentan determinada pretensión.

La independencia del tribunal, como garantía legal, se expresa en la regla según la cual este no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones (numeral 2, artículo 3 de la LA).

#### **5.4. *Principio kompetenz kompetenz***

Conforme a este principio, el tribunal arbitral es el único que puede decidir sobre su competencia. Ello quiere decir que el tribunal arbitral está facultado para evaluar las materias sometidas a su decisión y determinar si se va a avocar o no a resolverlas (numeral 1 del artículo 41).

La determinación de la competencia y de la materia sometida a la instancia arbitral debe ser evaluada cuidadosamente por el tribunal arbitral, dado que esa decisión, ser objetada por una de las partes, puede estar sujeta a la acción de anulación (literales c y d. del artículo 63 de la LA).

En efecto, se establece que el laudo puede ser anulado en caso el tribunal arbitral haya resuelto sobre materia no sometida a su decisión.

#### **5.5. *Principio de flexibilidad de reglas***

Este principio parte del concepto propio de la institución según el cual las partes son dueñas del arbitraje. En ese sentido, son las partes las que, de mutuo acuerdo, fijan y determinan las reglas, los plazos y las formas de las actuaciones arbitrales (numeral 1 del artículo 34 de la LA).

Las partes son las que fijan las reglas al inicio del arbitraje e inmediatamente después de constituido el tribunal arbitral. En caso exista desacuerdo en la fijación de las reglas es usual que el tribunal arbitral con prudente criterio, en equidad, y razonabilidad, determine las reglas definitivas. Para ello se debe considerar las propuestas de cada parte.

En aplicación errónea de este principio, el tribunal arbitral debe evitar que no se cumplan los plazos previamente acordados. En algunos casos una parte solicita que se le amplíe el plazo, «por equidad», «derecho de defensa» o bajo el «principio de reciprocidad». Ello no debe ser permitido, pues de aceptarse deformaría el proceso y puede llevar a dilaciones innecesarias, salvo que determinadas circunstancias, como las que se han presentado con la pandemia de la COVID-19, permitan establecer nuevos plazos o variar la forma de las actuaciones, pero siempre respetando el principio del debido proceso, igualdad de las partes, de equidad y reciprocidad de reglas.

#### **5.6. *Principio de confidencialidad***

El principio de confidencialidad del arbitraje configura una de las razones principales y una de sus características inherentes a su naturaleza por las cuales las partes recurren al arbitraje. En contraposición, el proceso judicial es público, abierto y no existe reserva u obligación de confidencialidad. Las audiencias judiciales y los expedientes son públicos, no existe una reserva o vigilancia de información.

El principio de confidencialidad consiste en que los que intervienen en el proceso arbitral no pueden revelar, informar a un tercero o hacer público cualquier dato, información o hecho vinculado a las actuaciones arbitrales.

La obligación de confidencialidad alcanza a los árbitros, al secretario, a las partes, a los testigos, peritos y cualquier otra persona que intervenga en las actuaciones arbitrales. Alcanza también a los abogados de las partes, los representantes, apoderados. La infracción a este deber acarrea responsabilidad según ley (artículo 51 de la LA).

La Ley no especifica el tipo de responsabilidad. En este supuesto, consideramos en primer lugar que, si una de las partes revela información, la responsabilidad tendría que darse bajo las normas de la responsabilidad civil en cuyo contexto se debe probar el daño o perjuicio y que el mismo es consecuencia de la infracción al deber de confidencialidad.

En el caso de los árbitros o del secretario arbitral, la infracción al referido deber puede conllevar a una recusación o a la solicitud de apartamiento del proceso, que pueda efectuar la parte afectada. Ello, sin perjuicio de la responsabilidad civil.

Las excepciones a la reserva o deber de confidencialidad se dan cuando las partes acuerdan lo contrario, o pueden especificar qué situaciones o hechos pueden revelarse y no ser objeto de confidencialidad. De igual forma, cesa la confidencialidad cuando por exigencia legal sea necesario hacer públicas las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho. Cesa también la confidencialidad al interponer la demanda de anulación de laudo ante el Poder judicial o en caso se inicie el proceso de ejecución judicial.

La Ley prevé una regulación específica con relación a los arbitrajes en los que es parte el Estado. En el arbitraje que tiene como materia la contratación pública, se establece también que las actuaciones arbitrales están sujetas a confidencialidad y el laudo solo será público una vez terminadas las actuaciones. En estos casos, la normativa en contrataciones del Estado regula el deber del árbitro o presidente de tribunal para publicar el laudo en el Seace (Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado).

### **5.7. *Principio de inimpugnabilidad y ejecutabilidad de la decisión arbitral***

La decisión arbitral contenida en el laudo es inimpugnable. Este es un principio y otra característica inherente a la naturaleza del arbitraje. Las partes, desde el momento en que se someten a un acuerdo de arbitraje, se sujetan a la condición de que no cuestionarán, apelarán o impugnarán la decisión de la instancia arbitral.

La razón por la que no existe una «doble instancia» en el arbitraje (como es el caso de la vía ordinaria o judicial) es que las partes eligen voluntariamente a un árbitro o tribunal y se someten a un reglamento o a las normas procesales acordadas por ellas. Siendo ello así, lo más natural es que se sometan a la decisión única del tribunal o árbitro. En consecuencia, no tiene sentido que pueda darse una regla para impugnar esa decisión.

De acuerdo a lo precisado, la normativa establece que no procede impugnación alguna contra la decisión arbitral y el laudo una vez notificado adquiere la calidad de «cosa juzgada» y es eficaz, y de obligatorio cumplimiento desde su notificación.

En el contexto de una cultura jurídica razonable, el estándar de cumplimiento inmediato de los laudos por ambas partes debe ser el óptimo. Lo contrario sería seguir una práctica de «litigiosidad» en la que todo se debe impugnar y toda actuación debe ser materia de un recurso o de una apelación, lo cual no corresponde a la naturaleza del arbitraje.

Por ello, los abogados o consejeros jurídicos deben aconsejar a las partes cumplir con el laudo y evitar la presentación injustificada de solicitudes de interpretación, aclaración o corrección del laudo, o la interposición de recursos o acciones judiciales que solo llevan a debilitar la institución del arbitraje y a desprestigiar a la misma parte, que no cumple con lo pactado.

Se debe precisar que esta regla y principio no tiene excepción, en el sentido de que la acción de anulación (no recurso) no es un medio de impugnación del laudo. Por ello, es errónea la denominación que le da la Ley de Arbitraje de «recurso». De admitirse que existe un «recurso» se estaría configurando el supuesto de impugnación que, como hemos explicado, no corresponde a la naturaleza del arbitraje.

La anulación es una acción que se sigue ante el Poder judicial no para impugnar el laudo, sino para realizar una acción de control al laudo en su forma, de modo tasado y por determinadas causales de nulidad, las mismas que están tipificadas expresamente en la ley.

En concordancia, con lo anterior los jueces solo se pronuncian sobre la validez o la nulidad del laudo, no pueden, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral en su laudo.

## 6. EL INICIO DEL LITIGIO ARBITRAL

El proceso arbitral se inicia en la fecha de recepción de la solicitud de arbitraje, salvo que las partes acuerden otra forma distinta (artículo 33 de la LA). El proceso de arbitraje, a diferencia del proceso judicial, por regla general, se inicia con la formulación y recepción de una solicitud de arbitraje que realiza una de las partes a otra que es destinataria, conforme a lo previsto en el contrato y convenio arbitral.

En el caso del proceso judicial, este se inicia con la interposición o presentación de una demanda ante el órgano jurisdiccional. Ello no ocurre en el proceso arbitral, dado que la presentación de la demanda ocurre después, luego de haberse instalado el tribunal arbitral y haberse fijado las reglas del proceso, por acuerdo de las partes.

En ese sentido, la fecha de inicio del proceso arbitral se da cuando la parte emplazada o invitada a solucionar la controversia mediante arbitraje, recibe la respectiva solicitud.

La ley de arbitraje no especifica el contenido de la solicitud (que no es demanda). En la práctica, la solicitud de arbitraje suele contener el nombre de la persona o parte a quien va dirigida; la invocación de la cláusula o convenio arbitral, que usualmente está contenida en el contrato respectivo; las controversias o futuras pretensiones; precisión del monto de la controversia o precisar que la cuantía es indeterminada; un resumen de los hechos que dieron lugar a la controversia; la designación del árbitro conforme al convenio arbitral, indicado identificación y referencias; y cualquier otra referencia que se considere relevante.

La solicitud de arbitraje, en caso el arbitraje esté sujeto a una institución o centro, se dirige a la secretaría arbitral de ese centro y conforme a las reglas del mismo. La secretaría procederá a notificar a la parte destinataria o emplazada con la solicitud de arbitraje, para que conteste conforme convenga a su derecho. En el caso de un arbitraje *ad hoc*, la solicitud se dirige directamente a la otra parte. En este último caso, usualmente se notifica la solicitud por intermedio de un notario público, quien diligenciará el envío y recepción de la misma.

La fecha de recepción de la solicitud de arbitraje por la parte destinataria, conforme a los medios previstos y a la cláusula arbitral, establecerá el inicio del arbitraje y también la relación procesal-arbitral entre las partes.

## 7. LA CONSTITUCIÓN Y LA INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Se debe diferenciar entre la figura de la «constitución» y de la «instalación» del tribunal arbitral, conforme a la normativa de la LA.

La constitución del tribunal arbitral o del árbitro único, como instancia arbitral, se produce una vez dada la aceptación del último de los árbitros o del árbitro único (numeral 2 del artículo 27 de la LA). La referida disposición prescribe que dándose de esa forma la «aceptación» de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido como instancia arbitral.

Se debe entender que la aceptación de los árbitros o del árbitro único debe ser comunicada a todas las partes en el arbitraje para que la misma surta efectos jurídicos.

Una vez constituido el tribunal se tiene que este asume competencia y jurisdicción para adoptar decisiones respecto al arbitraje y a los alcances de la solicitud de arbitraje.

En tal sentido, si el tribunal está constituido ya asume jurisdicción y puede realizar actuaciones y dictar decisiones arbitrales. En tal contexto, el tribunal o árbitro único tiene potestad jurídica para dictar medidas cautelares, antes que se presente la demanda, considerando que exista una urgencia o que de esperarse a que el tribunal ordene la presentación de la demanda pueda producirse daños o perjuicios respecto a la parte interesada. De igual forma, el tribunal constituido podría adoptar otras actuaciones o medidas similares, que respondan a una necesidad o urgencia en tutela del proceso y el derecho de las partes.

En estos casos es aconsejable que para solicitar al tribunal o árbitro constituido se espere prudencialmente el plazo de objeción o recusación del árbitro. Una vez que quede firme la designación de los árbitros o árbitro se puede presentar la solicitud de medida cautelar.

Por otro lado, se debe precisar el concepto de la «instalación» del tribunal arbitral, el cual es un acto posterior a la constitución. La instalación se produce en una audiencia o mediante un acto (vía decisión o resolución arbitral) en el cual se establecen y aprueban las reglas del proceso.

## 8. LA INTERPOSICIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

En lo que se refiere a las medidas cautelares, en este punto precisaremos la oportunidad de su interposición.

Son dos situaciones que se pueden presentar ante la urgencia de interponer una medida cautelar. Una cuando no se ha iniciado el arbitraje y la otra después de iniciado.

En el caso de que no se haya iniciado el arbitraje, la parte interesada puede presentar la medida cautelar ante el Poder Judicial. Para el trámite y adopción de la medida cautelar será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (numeral 2 del artículo 8 de la LA).

Por otro lado, en el supuesto que se inicie el proceso de arbitraje, la competencia del tribunal arbitral para la adopción de medidas cautelares se dará una vez que se haya constituido el tribunal. En este caso, como se explicó anteriormente, la constitución del tribunal se configura con la aceptación del árbitro único o, en caso del tribunal, con la aceptación del último de los árbitros.

Conforme a lo anterior, se debe entender que la sola presentación de la solicitud de arbitraje, aun cuando esta genere el inicio del proceso, no da lugar para la presentación de la solicitud cautelar dado que no existe el tribunal arbitral competente para dictar esta medida.

## 9. EL ITER PROCESAL Y LAS ACTUACIONES ARBITRALES

El proceso del arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje y las actuaciones del proceso terminan con la expedición del laudo o, en su caso, con la decisión que resuelva la solicitud de rectificación, interpretación, integración y exclusión respectiva del laudo.

La presentación de la *solicitud de arbitraje y su recepción por la parte emplazada* ante el centro o institución respectiva (arbitraje institucional) o directamente dirigida a la otra parte, en el caso de arbitraje *ad hoc*, determina el inicio del proceso.

La parte que recibe la solicitud procederá a *contestar la solicitud de arbitraje*, en este caso planteará sus alegaciones, puede negar o rechazar las pretensiones, o plantear objeciones al arbitraje por cuestiones de competencia, u objetar que determinadas materias no son susceptibles de arbitraje, o que el centro de arbitraje no es el que corresponde, entre otras alegaciones.

Luego de la presentación de la solicitud y su absolución se dará la *aceptación de los árbitros* a su designación. Este es un acto formal por el cual los árbitros deben comunicar al centro de arbitraje o a las partes, en caso de arbitraje *ad hoc*, de su aceptación expresa. En este acto, de igual forma los árbitros deben revelar toda situación, hecho o circunstancia que tenga relación con su independencia o imparcialidad.

Es aconsejable que el árbitro designado revele toda situación y absolutamente toda circunstancia que pueda generar duda o sospecha sobre su designación. Es preferible que las partes conozcan toda situación sobre la persona del árbitro (profesional, amical, social, académica, laboral, entre otras) y que ellas determinen si aceptan o no al árbitro. El árbitro no debe decidir qué revela y qué no, es prudente que muestre toda la información relevante a las partes.

Con la aceptación del árbitro o el último de los árbitros (en el caso de tribunal) se produce la *constitución del tribunal* y, a la vez, se configura una situación jurídica por la cual el tribunal o árbitro único, de ser el caso, asume jurisdicción y competencia sobre el arbitraje.

Conocida la aceptación del árbitro o árbitros, las partes pueden formular la *recusación* en caso consideren que se produce una situación de falta de independencia o imparcialidad en el árbitro.

Luego de darse la aceptación de los árbitros y la designación queda firme, el tribunal y procederá a la *instalación* del mismo y la *fijación de reglas procesales* por acuerdo de las partes.

Las reglas comprenden las actuaciones que se llevarán en el proceso, las audiencias y los plazos. En este punto las partes determinan los términos de plazos y actos, los que no son uniformes o de cierto tipo. Esto varía según cada caso y proceso. En el caso de que las partes no acuerden determinados términos de las reglas del proceso, el tribunal, en forma prudente y equitativa, fijará las reglas en defecto de las partes.

Fijadas las reglas, el tribunal determinará el plazo para la *presentación de la demanda*. Presentada la demanda, el tribunal pone en conocimiento de la parte demandada, la que procederá a su contestación, podrá formular excepciones o reconvenición, de ser el caso.

Con la presentación de demanda y su contestación, el tribunal procede a convocar, de considerarlo necesario, a una *audiencia de conciliación, determinación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios*. Puede también, el tribunal, realizar este acto mediante resolución y las partes tendrán la oportunidad y plazo para manifestar lo que convenga a su derecho.

Luego, el tribunal podrá convocar a una *audiencia de ilustración de hechos* con el objeto de que las partes expongan los hechos que dieron lugar a la controversia. En este acto se dará una estricta exposición de hechos y las partes pueden asistirse de su personal técnico o personas que hayan tenido participación en los hechos referidos a la controversia.

Se sugiere que la exposición de hechos sea cronológica, ordenada y se concrete a determinar lo relevante al proceso y tengan estricta relación con las pretensiones. En este acto no se permite la exposición de fundamentos jurídicos o cuestiones de derecho. Las alegaciones jurídicas se producirán en los informes finales.

La *audiencia de pruebas* se convocará por el tribunal en caso sea necesaria la actuación de las mismas tales como pericias, testigos, cotejo de documentos, inspecciones, entre otras. De ser las pruebas

todas de carácter instrumental, como son los documentos, se puede prescindir de las actuaciones probatorias y el proceso será de puro derecho.

Concluida la etapa probatoria, el tribunal emitirá una decisión determinando el *cierre de la etapa probatoria* y fijará un plazo para la presentación de los *alegatos* o *informes finales*.

La presentación de los alegatos o informes finales constituye el acto en el cual las partes concluyen y resumen todas las actuaciones realizadas, principalmente las referidas a las pruebas. En este acto, las partes expondrán todos sus argumentos y razones que prueban y sustentan sus pretensiones o refutaciones (cuestiones de hecho), y formularán las valoraciones de prueba a ser consideradas por el tribunal.

En la misma forma, en los informes finales las partes expondrán sus razones de derecho (cuestiones jurídicas) que sustentan sus pretensiones o refutaciones. En este punto se sugiere que las partes expongan los fundamentos jurídicos (*questio juris*) que lleven al tribunal a adoptar las decisiones conforme a lo actuado en el proceso.

La *audiencia de informes orales* se realizará en caso de que una de las partes o ambas lo soliciten. En este caso, las partes podrán exponer en forma oral sus alegaciones de hechos y de derecho que sustentan sus pretensiones.

En la exposición oral, los representantes o abogados deben precisar en forma breve sus pretensiones (de la demanda) o las alegaciones de contestación (en el caso del demandado) y el sentido en que, conforme a sus razones, pretenden que el tribunal resuelva. Es usual que para esta audiencia, o inmediatamente después de finalizada, los abogados presenten, en forma concisa, unas conclusiones del informe oral.

Luego de realizarse la audiencia de informe orales, el tribunal declarará el *cierre de las actuaciones*, considerando que las partes han tenido oportunidad suficiente para alegar y exponer sus posiciones. Después de notificarse el cierre de las actuaciones, las partes no pueden presentar escrito, alegación o prueba alguna, salvo que el tribunal lo requiera o autorice. Ello puede presentarse en caso de que el tribunal o árbitro, al examinar lo actuado, advierta que determinada prueba debe ser alcanzada por las partes, o requiera que las partes precisen o informen sobre una situación o hecho vinculado al proceso.

## 10. LA EMISIÓN DEL LAUDO

Después del cierre de actuaciones, el tribunal deberá emitir el laudo en el plazo previsto en el reglamento o en las reglas aprobadas por las partes. El laudo y, cuando corresponda, las resoluciones integrantes del laudo, actualmente con los cambios y uso de medios virtuales, son remitidos por el tribunal a la secretaría, vía correo electrónico, y con firma digital o digitalizada.

La secretaría, una vez recibido el laudo, o en su caso, las resoluciones integrantes, procederá a notificar a las direcciones electrónicas de las partes en el plazo previsto. De establecerlo las reglas, la notificación deberá hacerse en forma física, de igual forma al domicilio de las partes.

En la deliberación del caso, el tribunal puede emitir un laudo único y con la conformidad de todos los miembros. Puede darse también que un árbitro no esté de acuerdo con la decisión de los demás miembros. En ese caso, el árbitro puede emitir un voto singular o un voto en discordia. El *voto singular* se emite cuando el árbitro, si bien está de acuerdo con el fallo o parte resolutive, no lo está con los fundamentos o considerandos, o alguno de ellos. En este caso emite un voto en el cual expone sus propios fundamentos, pero coincidiendo con el fallo.

En otra situación, el árbitro puede emitir un *voto en discordia* en el caso de no estar de acuerdo con el fallo, en todo o en parte, o con los extremos de la parte resolutive. En el voto en discordia, el árbitro expondrá sus razones de hecho y de derecho por las cuales discrepa de la conclusión y precisará

el sentido de su fallo en discordia. El voto singular o en discordia, será presentado a la secretaría y notificado a las partes en la misma forma y plazo.

## 11. RECTIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL LAUDO

La ley establece que, respecto al laudo, las partes pueden presentar las «solicitudes» de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, dentro de los 15 días de notificado el mismo (artículo 58 de la LA). Se trata de pedidos en determinados supuestos, no son recursos contra el laudo.

La *rectificación* puede darse por cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar. Esto es lo que se conoce como «error material», el cual es involuntario. Es un error que se presenta a simple vista, respecto a la ortografía, nombres, denominaciones, números, fechas u operaciones aritméticas.

La solicitud de *interpretación* se dará respecto a cualquier extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

En este supuesto, la interpretación procede en caso de ambigüedad o no claridad en el texto del laudo, sea en la parte decisoria o en algún considerando que «influya» en el fallo. Por ejemplo, en los considerandos se precisó el pago de intereses y la fecha de pago, pero en el fallo solo se ordenó el pago de intereses y no se indicó la fecha de pago. En este caso, ante la imprecisión en el fallo, procede aclarar e indicar las fechas del pago de los intereses.

La solicitud de *integración* del laudo se dará por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

La integración supone que, en el laudo, expresamente no se pronunció sobre una pretensión o sobre un extremo de determinada pretensión. En el caso precisado, en el laudo se produce una omisión (una decisión *infra petita*) y por esta vía se complementará la parte considerativa y resolutive.

La solicitud de *exclusión* del laudo se presenta cuando en el laudo algún extremo hubiera sido objeto de pronunciamiento sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje. En este supuesto, el laudo incurre en un exceso, al pronunciarse sobre una pretensión o extremo que no es materia del proceso (*ultra petita*).

Con relación a las referidas solicitudes (no recursos) se debe precisar que no son un medio procesal para pretender el cambio o modificación del sentido del fallo, en el caso que la parte solicitante considere que el laudo le es desfavorable.

La decisión o resolución que resuelva cualquiera de las solicitudes anteriormente descritas formará parte integrante del laudo. La resolución que las resuelve es inimpugnable.

## 12. CARÁCTER PROCESAL DEL LAUDO

Conforme a ley, se establece que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Se establece también que el laudo produce los efectos de la cosa juzgada (artículo 59 de la LA).

El laudo adquiere esa calidad de «autoridad» y «eficacia», al igual que una sentencia judicial firme, dado que pone fin a la controversia resuelta en proceso contradictorio. En ese sentido, el laudo no es susceptible de impugnación o recurso alguno, es definitivo y de inmediato cumplimiento desde que es notificado a las partes. De igual forma, las resoluciones que resuelven las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, al ser parte integrante del mismo, son inimpugnables.



### 13. LA ANULACIÓN DEL LAUDO

La ley de arbitraje erróneamente denomina a la acción de anulación del laudo «recurso» (artículo 62 de la LA). Se debe precisar, desde el punto de vista procesal y de la naturaleza jurídica misma del arbitraje que, la *anulación* no es un medio de impugnación.<sup>8</sup>

La ley, en el referido artículo, prescribe que, *contra el laudo solo podrá interponerse el recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez*.

En forma contradictoria, la ley determina que el «recurso» de anulación es una vía de «impugnación». Desde la dogmática procesal no se trata de una vía procedimental para impugnar el laudo, sino que se trata de un cauce únicamente para cuestionar la validez del laudo.

Por ello, la ley debería prescribir únicamente que contra el laudo podrá ejercerse o interponerse la acción de anulación conforme a los términos previstos en la misma ley.

La idea de negar el concepto de «recurso» y determinar que la anulación es una «acción, parte del concepto que, el proceso arbitral es de naturaleza especial en el cual las partes se someten a la decisión de los árbitros y aceptan que su decisión es inapelable e inimpugnable.

Conforme a ello, por la vía de la acción de anulación, los jueces no pueden volver a la controversia ya resuelta en el arbitraje, menos pueden revisar los considerandos o razones del laudo o las cuestiones de fondo que sustentan el fallo arbitral.

### 14. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO

En primer lugar, se debe precisar que *la acción de anulación no es una segunda instancia*. El proceso judicial que da lugar luego de la interposición de una *demanda* de anulación es un proceso nuevo, autónomo y distinto al proceso arbitral. En el nuevo proceso, ante el Poder Judicial, la parte interesada ejerce una pretensión que cuestiona la validez del laudo por causales tasadas en la misma Ley (causales de anulación, artículo 63 de la LA).

La acción de anulación tiene como finalidad el control formal del proceso arbitral y del laudo mismo, y dentro de los cánones de las causales que la LA establece determinar el control respecto al surgimiento del convenio arbitral, el desarrollo del proceso arbitral (actuaciones), su conclusión en el laudo y resoluciones que la integran. Del mismo modo, el control judicial se establece para verificar que el arbitraje esté ajustado a las normas o acuerdos de las partes y a las mismas disposiciones de la Ley de Arbitraje (principio de legalidad).

La finalidad de la acción de anulación es que la instancia judicial realice un control formal de todo el arbitraje, desde el convenio, el proceso y el laudo mismo. Respecto al laudo, no es posible una revisión o impugnación del fondo del laudo, solo cabe la anulación por la forma.

Otra característica a destacar es que la anulación da lugar a un *proceso judicial nuevo* en el que la parte interesada (una de las partes en el arbitraje) pretende se declare la invalidez del laudo. En caso la instancia judicial desestime la pretensión declarará la validez del laudo.

El rol de la instancia judicial, en este punto, tiene que ver con los aspectos que desarrollamos en el presente estudio, ello son los relacionados a los principios fundamentales e inherentes al proceso arbitral. La acción de anulación permitirá verificar en sede judicial el cumplimiento de esos principios, el de defensa, contradicción, debido proceso, el de contradicción, el cumplimiento de las garantías

<sup>8</sup> La acción de anulación del laudo no es un recurso. *Vid.* A. MONSERRAT QUINTANA, A. «La anulación del laudo arbitral». En *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2015, n.º 16, pp. 291.

mínimas del proceso. De igual forma, controlar la debida motivación en laudo, su congruencia, coherencia y su inmodificabilidad.

La acción de anulación es de competencia de los órganos judiciales. En este caso, conocerá del recurso de anulación del laudo la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje (numeral 4 del artículo 8 y numeral 1 del artículo 64 de la LA).

## 15. SUJETOS EN EL PROCESO JUDICIAL DE ANULACIÓN

En este punto cabe precisar los sujetos procesales<sup>9</sup> que van a intervenir en el proceso judicial, nos referimos a los sujetos legitimados para interponer o presentar la demanda, como también para ser demandados y contestar la misma. La LA si bien regula el procedimiento, no precisa quién es o puede ser el demandante y el demandado.

La *legitimación activa* corresponderá a la parte que actuó o intervino en el arbitraje (como demandante o demandada) y que tiene interés en interponer una demanda, cuya pretensión es la anulación del laudo y, finalmente, su invalidez. En ese sentido, la LA prescribe de forma precisa, que *el laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe* (numeral 1 del artículo 63 de la LA).

La *legitimación pasiva* corresponderá a la otra parte que intervino en el arbitraje y que podrá ejercer la contestación a la demanda de anulación y sostener en forma de defensa la validez del laudo.

Conforme a lo anterior, la parte demandante se constituye por la parte que participó en el proceso y tiene interés en que se declare la invalidez del laudo en la vía judicial; y, por otro lado, el demandado será la otra parte en el arbitraje que tiene interés en que se declare la validez judicial del laudo.

En este punto, se debe precisar que los árbitros, en caso de un tribunal que dictó el laudo, o de árbitro único, no pueden ser demandados y ser constituidos como parte legitimada pasivamente en el proceso judicial.

Los árbitros no son parte en el proceso arbitral, son los «jueces privados», en consecuencia, no pueden ser parte en el proceso judicial de anulación de laudo. El árbitro o tribunal se constituye en «instancia» jurisdiccional que *supra partes* resuelve y decide la controversia sometida a su competencia.

En la instancia judicial, en la que se tramite la acción de anulación del laudo, el árbitro no podrá ni deberá considerársele como parte a efectos de que «defienda» su laudo o la validez del mismo, y menos pueda contradecir o contestar la acción de anulación.

El árbitro cumple una función heterocompositiva en el proceso arbitral, y no tiene, ni debe tener interés procesal o material en el proceso judicial.

Finalmente, en este punto se debe recordar un aforismo jurídico muy conocido, el cual señala los jueces solo hablan a través de sus sentencias. que «La doctrina y la dogmática procesal, así lo establecen, en ese sentido. Los árbitros como «jueces privados» no pueden decir más de lo que está escrito en su laudo. Se debe precisar que todo lo que tenían que decir los árbitros conforme a derecho y decidir con base en lo actuado en el proceso, está dicho en su decisión o laudo.

<sup>9</sup> Vid. BRANAS, C. M. «La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental». En *Foro, Nueva época*, 2006, n.º 3, pp. 113-157

**16. BIBLIOGRAFÍA**

BRAÑAS, C. M. «La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental». En *Foro, Nueva época*, 2006, n.º 3.

CORREDOR HIGUERA, J. A. «Una aproximación a los principios procesales aplicables en los sistemas de solución de controversias del derecho internacional económico». En *Opinión Jurídica*, 2015, n.º 27, vol. 14.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S. A. y G. STAMPA. *Principios generales del arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

GONZALES DE COSSÍO, F. *El árbitro*. México D. F.: Porrúa, 2008.

MONSERRAT QUINTANA, A. «La anulación del laudo arbitral». En *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2015, n.º 16.

SALA SÁNCHEZ, P. «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones». En *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, n.º 2, vol. IX.

SÁNCHEZ LORENZO, S. A. «El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional». En *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2016, n.º 1, vol. IX.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, J. «La habilitación constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú». En *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2010, n.º 1, vol. III.



## COMENTARIOS ACERCA DEL MARCO LEGAL REGULADOR DEL CONTROL PREVIO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

*Oswaldo Hundskopf Echebio\**

**Sumario:** 1. Antecedentes esenciales.— 2. Regulación del control previo de las operaciones de concentración empresarial a través del Decreto de Urgencia n.º 013-2019, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1510.— 3. Ley del Congreso de la República n.º 31112 con la cual se establece el control previo de operaciones de concentración empresarial y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 039-2021-PCM.— 4. Comentarios acerca de la gestación del marco legal del control previo de operaciones de concentración empresarial.— 4.1. ¿Cuáles son los efectos positivos y negativos que genera una operación de concentración empresarial en un mercado competitivo, dependiendo de la clase de concentración que se lleve a cabo? ¿Son suficientes las normas de defensa de la libre competencia para combatir conductas anticompetitivas en el mercado y, por tanto, evitar los eventuales efectos negativos de esta concentración? ¿Existen mecanismos alternativos al control de concentraciones para evitar tales perjuicios y que sean menos gravosos?— 4.2. En el caso de mercados bajo regulación, ¿cómo afecta una concentración empresarial? ¿La regulación no es suficiente para evitar la ocurrencia de efectos negativos en aquellos mercados luego de una concentración? ¿Cuál ha sido el resultado de la norma de control de fusiones para el sector eléctrico que contempla el ordenamiento peruano (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico - Ley n.º 26876)? ¿Debería perverse dicho control en otros sectores?— 4.3. De aprobarse una ley de control de fusiones y concentraciones empresarial, ¿cuál sería el diseño más eficiente para el procedimiento de autorización de tal manera que involucre menos costos tanto para las empresas involucradas en la operación como para la Administración Pública? ¿Estaría preparado el Indecopi para asumir esta nueva tarea administrativa? ¿Cómo variaría su estructura y su desempeño general?— 4.4. El Perú es uno de los pocos países en el mundo que no tiene una ley de control de concentraciones empresariales, luego de casi más de veinte años de aplicación de políticas de competencia y de normas de libre competencia (Decreto Legislativo n.º 701 y Decreto Legislativo n.º 1034). ¿Significa ello que la experiencia ha tenido resultados positivos? ¿La aprobación de tal norma tendría un efecto en el clima de las inversiones y la situación macroeconómica de país?— 5. Referencias.

### 1. ANTECEDENTES ESENCIALES

Teniendo en cuenta que el propósito del presente artículo es comentar el marco legal regulador actualmente vigente sobre el control previo de las operaciones de concentración empresarial, consideramos que, en primer lugar, debemos destacar sus antecedentes esenciales en razón a que durante varios años se intentó regular en nuestro país un procedimiento administrativo diseñado para coadyuvar el rol de facilitar y garantizar la libre competencia, que tenemos entendido esta no se altera ni se infringe con la implementación de un sistema de control previo en el que se examina y evalúa la procedencia de determinadas operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de evitar que se lleven a cabo concentraciones que puedan afectar la competencia en un determinado mercado.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magister en Derecho Administrativo y doctor en Derecho. Experto en comercio exterior por ESAN. Es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

Según nos hemos informado, nunca fue propósito que este control previo sea uno de carácter sancionador, como sí lo es, por ejemplo, el procedimiento que se sigue contra las conductas anticompetitivas.

En segundo lugar, consideramos imprescindible referirnos al marco jurídico constitucional, respecto del control previo de las concentraciones empresariales y para ello hemos recurrido a la obra de la doctora Tania Zúñiga Fernández,<sup>1</sup> para quien se trata de un procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial denominado control *ex ante*, a través del cual se solicita la autorización de la operación privada de concentraciones empresariales a la autoridad competente, la que evaluará los efectos de los cambios en la estructura del mercado con motivo de las fusiones y adquisiciones y otras formas contractuales que impactan en la creación o fortalecimiento de la posición de dominio en el mercado.

Respecto al procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial, conocido como «control de concentraciones», tiene como objetivo evaluar ciertas operaciones de concentración empresarial, dependiendo si se encuentran o no dentro del umbral legal a ser definido de manera clara, cuantificable y objetiva. En opinión de la doctora Zúñiga, el procedimiento de evaluación previa de las operaciones de concentración empresarial tiene como finalidad determinar si los efectos que producen dichos cambios en la estructura del mercado relevante pueden de manera significativa disminuir, limitar, restringir u obstaculizar la competencia efectiva en el mercado, y por ello la autoridad competente, que es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, deberá evaluar los cambios en la estructura y los efectos de esos cambios, a fin de determinar si la operación de concentración afecta la dinámica competitiva de manera significativa, y si perjudica o no el bienestar de los consumidores.

Respecto a la etapa moderna de la legislación y política de competencia en nuestro país, ella se inicia con el Decreto Legislativo n.º 701, publicado el 5 de noviembre de 1991, en cuyo artículo 1 se señala que la ley tiene por objetivo eliminar la prácticas monopólicas controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes, y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. Dicha norma legal fue modificada en diversas oportunidades, primeramente a través del Decreto Ley n.º 25868, luego con el Decreto Ley n.º 26004, posteriormente con el Decreto Legislativo n.º 788, después con el Decreto Legislativo n.º 887 y, finalmente, el Decreto Legislativo n.º 701 fue derogado por el Decreto Legislativo n.º 1034 del 24 de junio del 2008 denominado Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, actualmente vigente, norma a la cual se le ha incorporado el numeral 18.4 relacionado con las formas de iniciar el procedimiento administrativo sancionador, por mandado de la segunda disposición complementaria modificatoria contenida en la Ley n.º 31112, con la que se establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de promover la competencia y la eficacia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Es importante resaltar que el Decreto Legislativo n.º 701 se aprobó dentro del marco vigente de la Constitución de 1979, cuya vigencia, como se sabe, se inició al final del último gobierno militar que se inició el 3 de octubre de 1968 y concluyó el 28 de julio del año 1980, fecha en la cual se instaló el gobierno democrático del arquitecto Fernando Belaunde Terry, que dentro de sus varios objetivos y propósitos empezó a entablar diversas mejoras relacionadas con nuestros países vecinos y con otros países occidentales, vinculadas con el nuevo enfoque de la actividad empresarial y del mercado en general.

Como bien lo explica la doctora Zúñiga,<sup>2</sup> con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, que reemplazó a la de 1979, se renueva el modelo de una economía social de mercado, instaurado con la Constitución Política de 1979, al establecer expresamente en su título III «Del régimen económico»,

<sup>1</sup> ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. «El control de concentraciones empresariales en el Perú. Fundamentos para su regulación». En *Ius Et Veritas*, julio 2018, n.º 56, pp. 220-255.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 223.

el rol subsidiario del Estado en la actividad empresarial. Al respecto, el artículo 58 del capítulo I del mencionado título establece que la iniciativa privada es libre, que esta se ejerce en una economía social de mercado y que bajo ese régimen el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, y es como consecuencia de ello que el Estado asume un rol subsidiario en la actividad empresarial, así como un rol facilitador y vigilante de la libre competencia.

En razón a lo expuesto, con la Constitución de 1993 el Estado se manifiesta como un Estado promotor del fomento y desarrollo de condiciones efectivas para una economía social del mercado a través de la tutela de la libertad y la propiedad y, al mismo tiempo, como ente supervisor que garantiza tales condiciones. Asimismo, se debe destacar que en el artículo 59 se establece que el Estado estimula la creación de riqueza, la libertad de trabajo, la libertad de empresa, comercio e industria, y que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, a la salud ni a la seguridad pública, brindando oportunidades de superación a los sectores que sufran cualquier desigualdad. En el artículo 60 se afirma que el Estado reconoce el pluralismo económico a efectos de que la economía nacional se sustente en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, estableciendo que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal y que solamente autorizado por ley expresa el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial directa o indirecta por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Adicionalmente, en el primer párrafo del artículo 61 se establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite, y que proscribe el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, finalizando dicho primer párrafo estableciendo que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

En relación específicamente con las normas imperativas contenidas en los artículos 58 y 61 anteriormente mencionados, el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el Expediente n.º 0048-2004PI/TC del 1 de abril de 1995, señala que:

En coherencia con tales imperativos se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia. De este modo, y dentro del respeto a la libre iniciativa privada, la función orientadora del Estado tiene como propósito el desarrollo del país, procurando que se materialice el componente social del modelo económico previsto en la Constitución. Asimismo, establece que «ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Solo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso, y el Estado *per se* mínimo, para ser remplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: «tanto mercado como sea posible, y tanto Estado como sea necesario».

Como se advierte, el fundamento constitucional del desarrollo normativo de la legislación de libre competencia se encuentra claramente establecido dentro del título III «Del régimen económico» de la Constitución Política del Perú de 1993, actualmente vigente, y específicamente en sus artículos 58 y 61.

Como bien lo señalan Kresalja y Ochoa,<sup>3</sup> «la normativa protectora de la libre competencia tiene como finalidad esencial garantizar el correcto funcionamiento de la economía social de mercado como sistema constitucionalmente escogido, y por ello, la cláusula del Estado social, al incorporarse al texto constitucional excluye una interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales, restringiendo el alcance de ciertos derechos económicos, constituyendo un parámetro de constitucionalidad, un valor interpretativo del resto del ordenamiento jurídico peruano».

<sup>3</sup> KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, p. 490.

Dentro de los antecedentes esenciales, debe tenerse presente que el 5 de noviembre de 1997 se publicó la Ley n.º 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, la cual fue reglamentada por el Decreto Supremo n.º 017-98-Itince del 2 de octubre de 1998, norma con la cual se regula el control de concentraciones empresariales con exclusividad en el sector eléctrico, constituyendo la primera ley *antitrust* que establece la evaluación previa de operaciones de concentración, dirigida a evaluar exclusivamente la estructura del mercado eléctrico, y es en ese sentido que en su artículo 1 bajo el cual se regulan las operaciones de crecimiento externo corporativo en el sector eléctrico, se establece que las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de acuerdo previo, conforme a los términos establecidos en la citada Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas, o en los mercados relacionados.

Según lo precisa la doctora Zuñiga:<sup>4</sup> «El control de concentraciones que establece la Ley n.º 6876 es de notificación obligatoria para las concentraciones de tipo vertical y horizontal bajo un determinado umbral: “Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente a empresas que desarrollen actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15 % del mercado en los casos de concentración horizontal y en el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica, que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5 % de cualquiera de los mercados involucrados”».

Para la doctora Zúñiga, quien ha evaluado en retrospectiva el número reducido de casos, la mayoría autorizados por la autoridad competente, que ya hemos mencionado es el Indecopi, se puede identificar que gran parte de las operaciones de concentración reportadas ante la autoridad de competencia han sido autorizadas, algunas bajo condiciones, y otras se han encontrado fuera del ámbito de aplicación de la ley. Probablemente, el más importante pronunciamiento que haya realizado la autoridad de competente es aquel relacionado con la interpretación del numeral a) del artículo 5 de la Ley n.º 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, a través de la Resolución n.º 0623-2014/SDC-INDECOPI, Expediente n.º 005-2006/CLC publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de noviembre del 2014, por la cual la Sala Especializada en Defensa de la Libre Competencia estableció dicho pronunciamiento como precedente de observancia obligatoria.

Respecto a la vigencia de la Ley n.º 26876 circunscrita al Sector Eléctrico, esta se derogó con la primera disposición complementaria Derogatoria de la Ley n.º 31112 publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de enero del año en curso, en la cual se establece que tal derogación se producirá con su entrada en vigencia, con excepción del artículo 13 que modifica el artículo 122 del Decreto Ley n.º 25844, Ley de Concesiones Eléctricas. Respecto a la Ley n.º 31112 a través de la cual se establece el control previo de operaciones de concentración empresarial que, sin duda alguna, es la norma legal principal sobre el tema que estamos comentando, a ella nos referiremos más adelante, siguiendo el orden secuencial y cronológico.

Luego de más de quince años de aplicación del Decreto Legislativo n.º 701, que en apretado resumen ya lo hemos comentado, el diagnóstico que realizó el Gobierno, específicamente el Poder Ejecutivo, por delegación expresa del Congreso de la República concedida por la Ley n.º 29157 publicada el 20 de diciembre del 2007 sobre las materias relacionadas con el Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, llegó a la conclusión que el referido Decreto Legislativo n.º 701 presentaba una serie de deficiencias y vacíos, requiriéndose necesariamente una reforma integral, por lo cual resultaba pertinente y necesaria la dación de una nueva ley de control de conductas competitivas que precise su finalidad, en consonancia con el objetivo previsto en el acuerdo de promoción

<sup>4</sup> ZÚNIGA FERNÁNDEZ, Tania. *Op. cit.*, pp. 225 y 226.



comercial antes mencionada; que clarifique su ámbito de aplicación subjetivo, objetivo y territorial; que destaque el principio de primacía de la realidad; que establezca conceptos claros y criterios de análisis que generen mayor predictibilidad en su aplicación al establecer las conductas consideradas anticompetitivas como prohibir de manera absoluta aquellas conductas colusorias consideradas a nivel internacional como inherentemente anticompetitivas; redefina y mejore sustancialmente el procedimiento administrativo, incorporando plazos razonables y realistas; que regule la preclusión en el ofrecimiento de pruebas, pero sin afectar el derecho de defensa; que establezca un mejor tratamiento de las medidas cautelares; que regule una diferencia más clara entre el rol instructor y el resolutorio; que dote de mayor capacidad disuasiva al esquema de sanciones, mejorando los criterios para establecerlas, incrementando el tope para los casos de infracciones muy graves, y desarrollando la facultad de la autoridad de competencia para dictar medidas correctivas; entre otros.

En consideración a lo expuesto, contar con una nueva ley que prohíba y sancione el abuso de la posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales sin duda fortalecería sustancialmente el marco regulatorio de defensa de la libre competencia, lo que, a su vez, incentivaría la eficiencia económica en los mercados, promoverá la competitividad económica del país y mejorará el bienestar de los consumidores, estableciendo un ambiente apropiado para las inversiones, y fue por todo ello que el 25 de junio del 2008 se publicó en el diario oficial *El Peruano*, el Decreto Legislativo n.º 1034 por el cual se aprobó la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la que consta de siete títulos, 49 artículos, una disposición complementaria transitoria en la que se establece que sus disposiciones se aplicarán a todos los procedimientos en trámite seguidos bajo el Decreto Legislativo n.º 701 en la etapa en que se encuentren, dos disposiciones complementarias derogatorias, una primera de derogación genérica, ya que por ser una norma de orden público deroga todas las disposiciones legales y administrativas de igual o inferior rango que se le opongan o contradigan, y una segunda de derogación expresa mediante la cual, a partir de la vigencia de la ley, se derogaron el Decreto Legislativo n.º 701 y sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias y reglamentarias, la derogatoria de los artículos 232, 266 y el numeral 3 del artículo 241 del Código Penal, y cuatro disposiciones complementarias y finales estableciéndose en la última de ellas que el Decreto Legislativo n.º 1034 entrará en vigencia a los 30 días de su publicación, es decir, el 25 de julio del 2008.

## **2. REGULACIÓN DEL CONTROL PREVIO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL A TRAVÉS DEL DECRETO DE URGENCIA N.º 013-2019, MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1510**

El Decreto de Urgencia n.º 013-2019 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 19 de noviembre del 2019 y, por la fecha, entendemos que se dio en un periodo en el cual el Poder Ejecutivo podía hacer uso de este tipo de normas jurídicas de excepción. Al efecto, el artículo 125 de la Constitución Política de 1993 establece en su inciso 2 como una de las atribuciones del consejo de ministros aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, y en sus artículos 134 y 135 describe lo que puede hacer el Poder Ejecutivo cuando no hay Congreso, legislando mediante decretos de urgencia de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso una vez que este se instale. Al periodo en el cual no hay Congreso, conforme al segundo párrafo del mencionado artículo 135 de la Constitución, se le denomina interregno y fue, precisamente, en un periodo así en el que se expidió el Decreto de Urgencia n.º 013-2019, el cual fue posteriormente modificado por el Decreto Legislativo n.º 1510 publicado en el diario oficial *El Peruano* el 11 de mayo de 2020, y ambas normas legales fueron derogadas por la segunda disposición complementaria derogatoria de la Ley n.º 31112, aprobada por el Congreso de la República y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de enero del año en curso, ley que comentaremos en forma resumida en la parte final del presente trabajo.

Es pertinente destacar que el Decreto Urgencia n.º 013-2019 se había expedido para que, de conformidad con su quinta disposición complementaria final, entrara en vigencia a los nueve meses de su publicación, estableciendo para dicha norma una vigencia de cinco años. Sin embargo, a causa de la llegada de la COVID-19 a nuestro país, mediante Ley n.º 31010, el Congreso de la República

delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diversas materias para la atención de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19 por el término de 45 días calendario, comprendiendo la facultad de legislar en materia de fomento de la libre competencia y el correcto funcionamiento del mercado a fin de amortiguar el impacto y promover la reactivación económica. Es en el ejercicio de esa facultad delegada que se expidió el Decreto Legislativo n.º 1510 con el propósito de modificar e incorporar disposiciones específicas al Decreto de Urgencia n.º 013-2019 y entre las disposiciones que se modificaron estuvo la quinta disposición complementaria final, estableciendo que en lugar de los nueve meses originales, recién entraría en vigencia el 1 de marzo del 2021, manteniéndose el periodo de cinco años.

No obstante, la yuxtaposición de normas legales referidas al mismo tema del control previo de operación de concentración empresarial, como producto de la expedición de la Ley n.º 31112 hemos considerado importante referirnos por su importancia y transcendencia tanto a la exposición de motivos del Decreto de Urgencia n.º 013-2019 como a su propio texto legal, y a las disposiciones modificadas por el Decreto Legislativo n.º 1510.

Respecto a la exposición de motivos, esta comprende tres partes: la primera parte trata sobre su fundamento, en la que se describe la situación actual del momento en que se expidió, el problema, la justificación constitucional de la medida, y la propuesta concreta, en la segunda parte se plantea el análisis costo-beneficio y en la tercera parte se plantea el análisis del impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional.

En lo que respecta al fundamento, este se sustenta en la descripción de la situación actual (a la fecha de la expedición del Decreto de Urgencia n.º 013-2019), señalando que las normas de competencia buscan promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Para ello, se utilizan, principalmente, dos herramientas: el control de conductas y el control de estructuras. El control de conductas es un mecanismo *ex post* que consiste en la investigación y sanción de las prácticas colusorias horizontales y verticales, y el abuso de posición de dominio; y el control de estructuras es un control *ex ante* que consiste en someter a evaluación previa las operaciones de concentración empresarial.

En particular, el control de conductas se materializa a través de un procedimiento administrativo sancionador que permite investigar si los agentes económicos han incurrido en conductas anticompetitivas, y el control de estructuras se materializa a través de un procedimiento administrativo de evaluación previa en el que los agentes económicos solicitan autorización para llevar a cabo una concentración empresarial ante la autoridad competente y esta evalúa de manera anticipada los efectos que dicha operación podría tener en el mercado.

En nuestro país contamos con ambas herramientas propias de las normas de competencia. El control de conductas ha sido recogido normativamente en el Decreto Legislativo n.º 1034, Decreto Legislativo, actualmente vigente, con el cual se aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas, como el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias horizontales y verticales, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Asimismo, la Ley n.º 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, ya derogada por la primera disposición complementaria derogatoria de la Ley n.º 31112, establecía un control de estructuras de las concentraciones empresariales a través de un procedimiento de autorización previa de las operaciones que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica.

Como ya se ha mencionado, en el Perú se aplicaba el control de conductas en todos los sectores de la economía, y el control de estructuras únicamente en el sector eléctrico; sin embargo, en la última década se hicieron públicas diversas iniciativas legislativas que proponían la aplicación del control, de estructuras en todos los sectores de la economía.

Uno de los principales argumentos en contra de la adopción en nuestro país del control de estructuras/concentraciones de manera transversal, es decir, en el resto de sectores distintos al eléctrico es que el fortalecimiento del control de conductas es una alternativa menos costosa y más efectiva para proteger la competencia, lo cual se sustenta, principalmente, en las siguientes razones: a) que el control de concentraciones tiene una mayor probabilidad de error que el control de conductas; b) que los costos de una decisión incorrecta son mayores en el control de concentraciones; y, c) que el control de concentraciones podría disuadir la inversión en operaciones eficientes, mientras que el control de conductas genera incentivos para competir sobre la base de la mayor eficiencia económica.

Respecto a la justificación y necesidad del Decreto de Urgencia n.º 013-2019 ya derogado, este se sustentaba en el imperativo de desarrollar mecanismos que coadyuven a lograr la eficiencia económica de los mercados con el fin primario de salvaguardar el bienestar del consumidor, complementando el control *ex post* para intentar corregir situaciones eventuales de abuso de poder de mercado que podrían generar una restricción significativa de la competencia.

En cuanto a la temporalidad del decreto de urgencia, se debe señalar que dada la situación de excepcionalidad en la que el país se encontraba por la aplicación de los artículos 134 y 135 de la Constitución Política del Perú, como ya hemos mencionado, el Poder Ejecutivo podía legislar durante el interregno parlamentario mediante este tipo de normas legales cuya vigencia se adopta conforme a la necesidad de la medida. En tal sentido, la propuesta fue que el Decreto de Urgencia n.º 013-2019 entre en vigencia en un plazo de nueve meses contados a partir del día siguiente de su publicación, y el propósito fue que entre la publicación de la norma y su entrada en vigencia la norma legal pueda ser conocida suficientemente por los agentes económicos y la autoridad a cargo de su implementación, antes de que adquiriera fuerza obligatoria. Para tal efecto, durante este periodo el Indecopi, entidad encargada de su implementación, tuvo el tiempo necesario para reestructurar sus funciones, adaptar su organización interna, así como planificar su financiamiento, con cargo a su propio presupuesto institucional.

Luego de este periodo, la norma estaría vigente por un periodo de cinco años, con la finalidad de que el Indecopi, sobre la base de la información recabada a partir de los casos investigados y en el marco de sus funciones, determine la pertinencia de la continuidad de la norma. Asimismo, se consideraba idóneo establecer que la medida tenga carácter temporal debido a que, como se ha observado, existe un mecanismo de control posterior que podría ser menos costoso y más efectivo para proteger la competencia y, en ese sentido, ante una medida cuyos resultados, transcurrido el plazo de cinco años, pueden no ser los esperados se propuso la posibilidad de evaluar su vigencia, para lo cual se tendrá en cuenta el impacto de la regulación en el mercado y en los consumidores, lo cual se enmarca en las recomendaciones de las mejores prácticas regulatorias propuestas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), y es que un análisis *ex post* es aquel que se realiza sobre regulación vigente y permite medir un impacto real en la comunidad y la economía, lo que coadyuvará a mejorar el diseño de la regulación; por ejemplo, para reducir los costos de cumplimiento o lograr cambios de conducta más efectivos.

Respecto a la propuesta concreta del Decreto de Urgencia n.º 013-2019, su artículo 1 establecía como propuesta el establecimiento de un procedimiento de evaluación previa de las operaciones de concentración empresarial, con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Debido a las condiciones estructurales de algunos mercados podría haber incentivos para que las empresas opten por fusionarse, obteniendo mayores ganancias como consecuencia de las eficiencias que alcancen y, por lo tanto, el control de concentraciones empresariales no debía entenderse como un mecanismo para prohibir las fusiones y adquisiciones, sino como una herramienta que permita a la autoridad competente evaluar las operaciones que superen determinado umbral y prohibir o condicionar aquellas que afecten la eficiencia económica en los mercados y, como consecuencia de ello, reduzcan el bienestar de los consumidores.

Como se destaca en la exposición de motivos del referido decreto de urgencia, la finalidad recogida en el artículo 1 está perfectamente alineada con la finalidad establecida en el artículo 1 del

Decreto Legislativo n.º 1034, Ley de Represión de Conductas Administrativas, que también consiste en promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Ello es importante porque garantiza una aplicación coherente del control de conductas y el control de estructuras en el Perú.

Respecto a su ámbito de aplicación, su artículo 2 incluía los actos de concentración empresarial que superen determinados umbrales y produzcan efectos en el territorio nacional, aun cuando dichas operaciones se hayan originado en el extranjero. Esta propuesta es coherente con lo señalado por la OCDE en la *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile* del 2014, ya que en ella se menciona que el primer paso en el diseño de un régimen de control de concentraciones eficientes consiste en la delimitación del ámbito, pudiendo este depender de 1) la definición de las operaciones que deben ser sujetas al control de concentraciones; 2) el establecimiento de un sistema de notificaciones; y 3) la determinación de los umbrales de notificación.

Respecto a los principios que deben regir el procedimiento de evaluación previa, el artículo 4 del Decreto de Urgencia n.º 013-2019 establecía los principios del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial, debiendo tener en cuenta, además de los principios establecidos en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), el principio de proporcionalidad, el principio de transparencia e independencia y el principio de confidencialidad, sin perjuicio de la aplicación de los demás principios del procedimiento administrativo.

Respecto al principio de proporcionalidad, este se refiere a que cuando se establezcan condiciones, se califique infracciones o se imponga sanciones estos guardan conformidad con los límites atribuidos por la norma, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos, de manera que se responda en la medida de lo estrictamente necesario.

Respecto al principio de transparencia e independencia, en este se precisa que los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de evaluación previa con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales e influencia de intereses económicos o políticos.

Respecto al principio de confidencialidad, en este se señala que los órganos competentes guardan reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de evaluación previa, y están prohibidos de divulgar el secreto empresarial, comercial o industrial de los agentes económicos, o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad.

Respecto de las operaciones de concentración empresarial, el Decreto de Urgencia n.º 013-2019 establecía con precisión en su artículo 5 lo que se entiende por operación de concentración empresarial. Usualmente, dentro de esta categoría están las fusiones y las adquisiciones debido a que generan un cambio estructural permanente en el mercado y, en ese sentido, en el artículo 5.1 se establecían los tipos de operación de concentración empresarial que están sujetas al procedimiento de evaluación previa, especificando que deben constituir una transferencia o cambio en el control permanente de una empresa o parte de ella. Del mismo modo, los tipos de operación han sido descritos mediante definiciones breves, con la finalidad de que su Reglamento desarrolle con más detalle estos conceptos.

En relación con la actualización y el establecimiento de los valores de los umbrales para determinar qué operaciones deben notificarse, en el artículo 6 se fijaban los criterios objetivos cuantificables, y es el Indecopi el que ha establecido dichos criterios.

Respecto a los análisis de las operaciones de concentración empresarial en el artículo 7 se fijaba la metodología a seguir, y en el artículo 8 se facultaba a los agentes económicos a presentar una propuesta de los compromisos destinados a evitar o mitigar los efectos que pudieran derivarse de las operaciones de concentración empresarial.

En los artículos 11, 12, 13 y 14 del Decreto de Urgencia n.º 013-2019 se establecían las funciones de la autoridad competente, que es el Indecopi, y cuáles de sus órganos son los que los aplican, en su artículo 15 se facultaba a los órganos competentes en el procedimiento de control previo, a solicitar información a cualquier entidad de la Administración Pública, siempre y cuando sea esencial para la resolución del procedimiento, y en el artículo 16 se establecían las funciones específicas de la Superintendencia de la Banca y Seguros - SBS, y de la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV.

Sobre el inicio del procedimiento de control previo de las operaciones de concentración empresarial estaban los artículos 17 al 20 y sobre las fases del procedimiento de evaluación previa, el artículo 21. Respecto de la inexecución de la operación de concentración empresarial sujetas a evaluación previa estaba el artículo 22, sobre el recurso de apelación el artículo 25, y en lo concerniente a las infracciones y sanciones son aplicables los artículos 26 al 29 y sobre las medidas correctivas los artículos 31 y 32.

Respecto a la primera disposición complementaria final del Decreto de Urgencia n.º 013-2019, en ella se precisaba que las decisiones de los funcionarios a cargo de la resolución de los procedimientos de autorización previa se discutían únicamente a través del recurso de apelación ante el tribunal de Indecopi o en el proceso contencioso administrativo en la vía judicial, según corresponda, no siendo procedente para ello la interposición de demandas civiles o denuncias penales. Esta disposición responde a que el Tribunal Constitucional ha reconocido que la tutela judicial efectiva persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, y si bien se ha facultado al legislador a definir las condiciones para el acceso a la justicia, ello no puede constituir un obstáculo que afecte el contenido esencial de ese derecho fundamental. A partir de esas consideraciones, se aprecia que la primera disposición complementaria final fijada podría vulnerar la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia pues anula de manera total su ejercicio al establecer que «no procede la interposición de acciones civiles o penales contras los funcionarios a cargo de la resolución de los procedimientos de autorización previa por el ejercicio de sus funciones. [...]».

En lo concerniente a la segunda disposición complementaria final, es relevante precisar que sobre la base del texto sustitutorio aprobado en el pleno del Congreso de la República el 2 de mayo de 2019 y la reconsideración solicitada por la presidenta de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, se precisó la redacción de la segunda disposición complementaria final, originalmente propuesta en tanto el artículo II del Título Preliminar del TUO de la LPAG reconoce su carácter como: i) norma común para las actuaciones de la función administrativa del Estado; y, ii) porque las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la LPAG.

En ese sentido, al contener el TUO de la LPAG las condiciones mínimas favorables para los administrados, toda ley debe ser respetuosa de dicha regla, por lo cual si bien pudiera el TUO de la LPAG resultar de aplicación supletoria por la especialidad del decreto de urgencia, ello no implica desconocer la mencionada regla que contiene una garantía mínima, cuyo objeto es resguardar la protección de las garantías procedimentales, reconocidas a partir de su proyección en sede jurisdiccional (artículo 139 de la Constitución) sobre el ámbito administrativo. Asimismo, una interpretación como la expresada permite armonizar la aplicación del referido decreto de urgencia con el TUO de la LPAG como norma común para la actuación de la función administrativa del Estado y como parámetro que contiene las condiciones mínimas favorables para los administrados, resguardando así los principios de concordancia práctica y función integradora.

Sobre la segunda parte de la exposición de motivos del Decreto de Urgencia n.º 013-2019 concerniente al análisis costo-beneficio, en ella se identificaban los costos y beneficios de la propuesta y, primeramente, entre los beneficios que se advierten se encuentran los siguientes: en primer lugar, la propuesta contribuye con la promoción de la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, lo cual genera efectos positivos en el consumo y en la producción, porque a

través del procedimiento de evaluación previa se garantiza que no se autorizarán operaciones de concentración empresarial que generen una restricción significativa de la competencia y, sin embargo, no se demuestre la existencia de eficiencias económicas que compensen dichos efectos.

En segundo lugar, el acopio de información por parte de las empresas involucradas en las operaciones de concentración empresarial les otorga una oportunidad adicional para conocer las implicancias de la operación y, en ciertos casos, los costos (ya sea de transacción o de adaptación entre las culturas de las empresas) son elevados y podrían no compensar los beneficios de la fusión para las empresas.

En tercer lugar, se genera mayor confianza hacia los mercados ante operaciones de concentraciones empresariales, en razón de que después de cada evaluación, sin importar el resultado que se obtenga, los consumidores sabrán que la fusión fue evaluada previamente y validada por la autoridad de competencia.

Adicionalmente, a través del procedimiento de evaluación previa, el Estado conoce los eventuales cambios en la estructura de los mercados, lo cual contribuirá a un mejor diagnóstico y seguimiento de la evolución del comportamiento de los mercados. Así, por ejemplo, se podrá detectar barreras o se podrá prevenir e investigar oportunamente la realización de conductas anticompetitivas.

De otro lado, en relación con los costos que implicaría el control de concentraciones empresariales, se indica que la introducción de un control previo y obligatorio para los actos de concentración empresarial implica el riesgo de que se prohíban operaciones de concentración con efecto neto positivo sobre el bienestar social, lo cual impediría un potencial mayor bienestar de los consumidores que podría restringir la capacidad del Perú para competir a nivel internacional al limitar o prohibir fusiones que implicarían alcanzar economías de escala, transferencia tecnológica e innovación.

Al respecto, es posible que el Indecopi enfrente dificultades relacionadas con información incompleta o asimétrica, lo cual eleva la probabilidad de que la agencia cometa errores en sus decisiones, puesto que la información relevante puede ser inexistente o incompleta, ya sea por problemas en la especificación de la información relevante o por la imposibilidad de observar determinada información necesaria para la forma de decisiones.

Asimismo, se afecta la actividad productiva al generar costos de tramitación y sustentación de las solicitudes de autorización previa y, además, se añade incertidumbre a las operaciones entre particulares toda vez que la operación de concentración dependerá de la evaluación que realizará el Indecopi y, adicionalmente, se generan costos al Estado en tanto el Indecopi debe adoptar una nueva reglamentación, procedimientos y metodologías para la implementación del control de concentraciones empresariales. Estas nuevas tareas y obligaciones implican la necesidad de contar con un mayor número de recursos humanos.

Finalmente, en el balance entre los costos y beneficios de la propuesta en esta segunda parte, se indicaba que las ganancias económicas compensan el costo de la regulación propuesta, siendo que el beneficio neto posterior a la entrada en vigencia de la norma será mayor al beneficio neto previo.

Respecto a la tercera parte de la exposición de motivos esta se refería al análisis de impacto de la norma bajo comentario en la legislación nacional y sobre el particular se señalaba que los principios constitucionales peruanos proclaman un sistema económico social de libre mercado basado en la libertad de competencia y en la participación en los mercados de los agentes privados, y, asimismo, se asigna al Estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico.

La libre competencia constituye un bien jurídico que debe ser protegido, de ahí la obligación del Estado de sancionar las prácticas que la limitan y el abuso de la posición de dominio. En esa misma

línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que la libre competencia constituye un bien jurídico protegido, un principio ordenador del mercado, un derecho fundamental y manifestación de orden público económico y, en general, elemento distintivo del modelo de economía social de mercado establecido en el régimen económico de la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional valora positivamente el ejercicio de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la libre contratación que se reconoce a favor de los agentes económicos y que deben ser ejercidos sin distorsionar la libre competencia, caso contrario se faculta al legislador para limitar tales libertades y derechos en aquellos supuestos en los que su ejercicio pueda causar un perjuicio a la libre competencia. Esta limitación se sustenta en el hecho de que el Estado privilegia el interés público sobre el interés privado, considerando además que la limitación permitida debe ser ejercitada de manera racional, proporcional y en armonía con la finalidad pública que persiguen estos derechos, lo cual implica que los recursos escasos de una sociedad se asignen de manera eficiente generando mayor riqueza e incentivando el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto.

Adicionalmente, se ha determinado que la implementación de un control de concentraciones empresariales en el Perú supera el análisis de idoneidad debido a que se establece un mecanismo de evaluación previa de concentración empresarial que analiza el impacto de la concentración en los mercados, teniendo en consideración las eficiencias económicas que podrían implementarse y su ponderación con una eventual disminución de la competencia. Asimismo, supera el análisis de necesidad dado que las normas de control de conductas, eliminación de barreras burocráticas y de control de concentraciones son dispositivos complementarios entre sí, en la medida que buscan promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, mediante una protección en distinto grados y frente a distintos supuestos.

Asimismo, sucede que también supera el análisis de proporcionalidad por cuanto se aplicaría el control previo únicamente a aquellas operaciones de concentración empresarial que superen determinado umbral, prohibiendo o condicionando aquellas que afecten la eficiencia económica en los mercados y, como consecuencia de ello, reduzcan el bienestar de los consumidores. En ese sentido, el Decreto de Urgencia n.º 013-2019 es acorde con la norma constitucional.

Finalmente, se prevé una disposición complementaria modificatoria orientada a adecuar las funciones del Indecopi y, en específico, de la Comisión de Libre Competencia, previstas en el Decreto Legislativo n.º 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, que viabilice la aplicación del decreto de urgencia.

### **3. LEY DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA N.º 31112 CON LA CUAL SE ESTABLECE EL CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL Y SU REGLAMENTO, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N.º 039-2021-PCM**

La Ley del Congreso n.º 31112 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el 7 de enero del año en curso: contiene 8 capítulos y 33 artículos, los cuales se resumen de la manera siguiente:

- El capítulo I contiene las «Disposiciones generales» y consta de cuatro artículos, el primero sobre el objeto de Ley, el segundo sobre su ámbito de aplicación, el tercero describe las definiciones y el cuarto contiene los principios del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial.
- El capítulo II contiene las operaciones de concentración empresarial y umbral para el control previo y consta de dos artículos, el artículo quinto se refiere a las operaciones de concentración empresarial y el artículo sexto al umbral para el control previo de operaciones de concentración empresarial.



- El capítulo III se refiere a las concentraciones empresariales autorizadas y consta de cuatro artículos, el artículo séptimo, que contiene el análisis de la operación de concentración empresarial; el artículo octavo, que contiene los compromisos propuestos por los agentes económicos durante el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial; el artículo noveno, que se refiere a la revisión de condiciones; y, el artículo décimo a los efectos de las concentraciones empresariales sujetas a solicitud de autorización.
- El capítulo IV regula la autoridad competente y consta de seis artículos, el artículo décimo primero se refiere a la autoridad competente respecto al control previo de las operaciones de concentración empresarial; el artículo décimo segundo, a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi; el artículo décimo tercero, a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia; el artículo décimo cuarto, al tribunal del Indecopi, el artículo décimo quinto, a la colaboración interinstitucional en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial; y, el artículo décimo sexto a los informes proporcionados en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial.
- El capítulo V regula el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial; el artículo décimo séptimo se refiere la consulta previa a la presentación de la solicitud de autorización; el artículo décimo octavo, a los agentes económicos que presentan la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial; el artículo décimo noveno, al Derecho de tramitación; el artículo vigésimo, a la información confidencial y acceso al expediente; el artículo vigésimo primero se refiere al procedimiento aplicable al trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial; el artículo vigésimo tercero, a la inexecución de las operaciones de concentración empresarial sujetas a control previo, el artículo vigésimo cuarto a las actualizaciones a solicitud de los agentes económicos, el artículo vigésimo quinto se refiere a la resolución de autorización y el artículo vigésimo sexto al recurso de apelación.
- El capítulo VI regula las infracciones y sanciones y contiene cinco artículos; el artículo vigésimo séptimo se refiere a las infracciones administrativas distinguiendo entre leves, graves y muy graves; el artículo vigésimo octavo define las sanciones; el artículo vigésimo noveno se refiere a la gravedad de la infracción y graduación de la sanción; el artículo trigésimo contiene el plazo de prescripción de la infracción administrativa; y, el artículo trigésimo primero regula las responsabilidades.
- El capítulo VII establece en su único artículo, el trigésimo segundo, las medidas correctivas.
- Finalmente, el capítulo VIII establece en su único artículo, el trigésimo tercero, las multas coercitivas por incumplimiento de medidas correctivas.

La Ley n.º 31112 contiene doce disposiciones complementarias finales, la primera se refiere a la prohibición de interferencias en el ejercicio de las funciones; la segunda trata sobre la Aplicación Supletoria del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG; la tercera se refiere a las demandas contencioso administrativa; la cuarta, al observatorio de mercados; la quinta, a la prohibición del registro e inscripción de operaciones de concentración empresarial no autorizados; la sexta, a la reglamentación de la Ley, fijando un plazo de quince días contados a partir de la publicación de la norma que fue el 7 de enero del 2021; la séptima, al financiamiento; la octava, al espectro de frecuencias radioeléctricas o espectro radioeléctrico; la novena, a la adecuación del Reglamento de la Ley del Indecopi y demás instrumentos de gestión de la entidad; la décima, a la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutorios del Indecopi, respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia; la undécima, a la cooperación interinstitucional entre el Indecopi y otras entidades nacionales o extranjeras; y la duodécima, a la vigencia de la ley, disponiendo que entrará en vigencia a los quince



días calendarios contados a partir de la adecuación normativa del Reglamento del Indecopi y demás instrumentos de gestión de la entidad.

Asimismo, la Ley n.º 31112 contiene dos disposiciones complementarias transitorias, la primera en la cual se establece que los procedimientos de control previo sujetos a la Ley n.º 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico que se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia de la Ley, y que se encuentran en trámite, continuarán bajo las reglas de la Ley n.º 26876; y la segunda que establece que las operaciones de concentración empresarial constituida antes de la vigencia de la Ley no son objeto de notificación cuando hayan concluido con los actos de cierre necesario para hacer efectiva la transferencia o cambio de control a que hace referencia el numeral 5.1 del artículo quinto que integra el capítulo II de la Ley n.º 31112.

También contiene la Ley tres disposiciones complementarias modificatorias, la primera con la cual se modifica los artículos 2, 24 y 52 del Decreto Legislativo n.º 1033 mediante el cual se aprueba la Ley de Organizaciones y Funciones del Indecopi; la segunda, con la cual se incorpora el numeral 18.4 al artículo 18 del Decreto Legislativo n.º 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y la tercera con la cual se modifica el numeral 58.3 del artículo 58 del Decreto Legislativo n.º 1044, mediante el cual se aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, numeral que se refiere a la indemnización por daños y perjuicios.

Finalmente, la Ley n.º 31112 contiene dos disposiciones complementarias derogatorias, la primera, con la cual se deroga la Ley n.º 26876, Ley Antimonopolio y Oligopolio del Sector Eléctrico con la entrada en vigencia de la Ley, con excepción del artículo 13, que modifica el artículo 122 del Decreto Ley n.º 25884, Ley de Concesiones Eléctricas; y la segunda con la cual se deroga el Decreto de Urgencia n.º 013-2019 que estableció el control previo de operaciones de concentración empresarial y el Decreto Legislativo n.º 1510 que lo modifica, a partir de la entrada en vigencia de la Ley n.º 31112.

Posteriormente, el 4 de marzo del año en curso se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo n.º 039-2021-PCM con el cual se aprobó el Reglamento de la Ley n.º 31112, el cual consta de 8 capítulos, 33 artículos, 6 disposiciones complementarias finales y 3 disposiciones complementarias transitorias, estableciendo que el referido decreto supremo entra en vigencia conjuntamente con la entrada en vigencia de la Ley n.º 31112, Ley que como hemos mencionado establece el control previo de las operaciones de concentración empresarial.

El capítulo I del Reglamento sobre disposiciones generales establece en su artículo primero, su objeto; en su artículo segundo, su ámbito de aplicación; en su artículo tercero, sus siglas y referencias; en su artículo cuarto fija las Reglas para el cálculo de los umbrales; en su artículo quinto establece el cálculo del umbral en operaciones sucesivas; en el artículo sexto fija las facultades de los terceros; en su artículo séptimo, las consultas orientativas; y en su artículo octavo se pronuncia sobre el respecto a los principios del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial.

- En su capítulo II, referido al procedimiento de autorización previa de operaciones de concentración empresarial, establece en su artículo noveno los requisitos de la solicitud de autorización previa de operación de concentración empresarial; en su artículo décimo, el procedimiento administrativo de solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial; en su artículo décimo primero, la presentación de compromisos durante la fase I; en su artículo décimo segundo, la evaluación de los compromisos durante la fase I; en su artículo décimo tercero, la decisión sobre compromisos durante la fase I; en su artículo décimo cuarto, la presentación de compromisos durante la fase II; en su artículo décimo quinto, la evaluación de los compromisos durante la fase II; y en el artículo décimo sexto, la decisión sobre los compromisos durante la fase II.
- En su capítulo III se establece el procedimiento de revisión de condiciones y en su artículo décimo séptimo se refiere a los procedimientos para la revisión de la condición de conducta,

en el artículo décimo octavo se refiere al procedimiento iniciado por el vencimiento del plazo establecido para la revisión de la condición de conducta y en el artículo décimo noveno se trata sobre el procedimiento iniciado durante el plazo establecido para la revisión de la condición de conducta.

- En el capítulo IV se establecen las disposiciones en materia de agentes económicos supervisados por la SBS y la SMV, y en su artículo vigésimo se refiere al autorización previa de operación que involucren a agentes económicos en el ámbito de regulaciones y supervisión de la SBS que no capten depósitos del público ni son empresas de seguros. En el artículo vigésimo primero se refiere a la autorización previa de operaciones que involucren a agentes económicos del sistema financiero que captan depósitos del público o son empresas de seguros, y en el artículo vigésimo segundo se refiere a la autorización previa para operaciones que involucren a agentes económicos autorizados por la SMV.
- En el capítulo V, sobre actuación de oficio, se establecen en el artículo vigésimo tercero los criterios y parámetros para la actuación de oficio de la Secretaría Técnica ante operaciones de concentración empresarial; en su artículo vigésimo cuarto, el procedimiento de revisión de oficio de operaciones de concentración empresarial; en su artículo vigésimo quinto se regula la conclusión anticipada del procedimiento de revisión del oficio de operaciones de concentración empresarial; y en su artículo vigésimo sexto se señala respecto como la aplicación supletoria, que se aplican al referido capítulo las disposiciones complementarias al régimen de autorización previa establecida en los capítulos II y III anteriormente citados, en lo que resulten pertinentes.
- El capítulo VI en su artículo vigésimo séptimo regula la notificación voluntaria; en el capítulo VIII, sobre registros, se regula en su artículo vigésimo octavo el Registro de medidas aprobadas por la comisión; y en su artículo vigésimo noveno se trata sobre el registro e inscripción de operaciones de concentración empresarial por parte de los notarios y registradores públicos.
- En el capítulo VIII, sobre el procedimiento administrativos sancionador, se regula en su artículo trigésimo el inicio del procedimiento sancionador; en su artículo trigésimo primero, la defensa de las partes; en su artículo trigésimo segundo la etapa probatoria; y en su artículo trigésimo tercero, la resolución final y apelación.

Respecto a las disposiciones complementarias finales, estas son seis. En la primera se establecen las normas complementarias; en la segunda, la normativa complementaria para el registro e inscripción de las operaciones de concentración empresarial autorizadas; en la tercera, el uso de medios virtuales; en la cuarta, la aplicación de la octava disposición complementaria final de la Ley n.º 31112 sobre el Indecopi; en la quinta, el financiamiento con cargo al presupuesto del Indecopi; y en la Sexta, el informe del Indecopi sobre las operaciones de concentración en el marco de los procesos de promoción de la inversión privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública y provisión de servicios públicos bajo la modalidad de asociación pública privada.

Finalmente, en cuanto a sus disposiciones complementarias transitorias, estas son tres, en la primera, se establece la revisión de oficio de operaciones de concentración empresarial concluidas antes de la vigencia de la Ley n.º 31112; en la segunda, las normas sobre los procedimientos de revisión de condiciones en trámite; y en la tercera y última se fijan las normas sobre los procesos en trámite de promoción de la inversión privada para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública y provisión de servicios públicos bajo la modalidad de asociación pública privada.

Como se habrá apreciado, en esta tercera parte del presente trabajo hemos hecho un compendio resumido del contenido tanto de la Ley n.º 31112 del Congreso de la República como de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo n.º 039-2021-PCM, para que se utilice como una guía que ayude a la ubicación de cada norma que se quiera leer y/o estudiar en detalle, y aplicarla a algún caso

concreto puesto que sería una duplicidad innecesaria reproducir ambas normas textualmente, y luego de ello pasaremos a formular algunos comentarios de carácter general, por formar parte, ambas normas legales, del marco legal regulador del control previo de las operaciones de concentración empresarial.

#### **4. COMENTARIOS ACERCA DE LA GESTACIÓN DEL MARCO LEGAL DEL CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL**

Como punto inicial, es pertinente reconocer que en los últimos años se ha llevado a cabo un intenso y múltiple debate, en numerosos eventos y foros académicos, sobre la conveniencia de adoptar un sistema obligatorio de Control Previo de Concentraciones Empresariales en manos del Indecopi, y permanentemente se destacaba que el Perú era uno de los pocos países en el mundo que no contaba con una regulación de este tipo a pesar de los ya más de veinte años de aplicación de políticas de competencia y de libre competencia, establecidas primero por el Decreto Legislativo n.º 701, y luego por el Decreto Legislativo n.º 1034, con la excepción de la Ley n.º 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico en la que sí se contemplaba el control previo para las empresas de dicho sector. En importantes debates y conferencias, algunas de las cuales se han publicado en revistas jurídicas y económicas, se han dejado sentadas distintas posturas y opiniones, unas más moderadas que otras, y se ha elaborado inclusive algunos proyectos normativos que fueron ampliamente comentados y debatidos.

Como primer material de este punto 4 hemos encontrado sobre el particular puntos de vista muy interesantes en la mesa redonda organizada por *Ius Et Veritas* y publicada en el n.º 416 de la revista que publica la PUCP, y debido a ello vamos a resumir las posiciones de tres juristas especializados en temas de competencia que son los doctores Luis José Díez Canseco Núñez, Alejandro Falla Jara y Eduardo Quintana Sánchez, y del ingeniero industrial José Távara Martín, para lo cual primero reproduciremos las cuatro ruedas de preguntas que se les formularon y, en segundo lugar, prescindiendo de las posiciones individuales, en algunos casos discrepantes, intentaremos desarrollar las conclusiones que mayoritariamente estuvieron a favor de la implementación de un sistema en nuestro país en el que se establezca un control previo de operaciones de concentración empresarial.

##### ***4.1. ¿Cuáles son los efectos positivos y negativos que genera una operación de concentración empresarial en un mercado competitivo, dependiendo de la clase de concentración que se lleve a cabo? ¿Son suficientes las normas de defensa de la libre competencia para combatir conductas anticompetitivas en el mercado y, por tanto, evitar los eventuales efectos negativos de esta concentración? ¿Existen mecanismos alternativos al control de concentraciones para evitar tales perjuicios y que sean menos gravosos?***

Hubo coincidencias sobre el tema de fondo en el sentido de que mientras que en nuestro país no se tenga una Ley de Control de Fusiones, simplemente se está renunciando a investigar cuál es la magnitud de los efectos positivos y los efectos negativos que un sistema de esa naturaleza conlleva.

Asimismo, se reconoce que en casi todos los países del mundo que tienen políticas de competencia se controlan las concentraciones aplicando la regla de la razón y examinando caso por caso, básicamente, concentraciones sobre empresas grandes que excedan ciertos umbrales.

Igualmente, reconocen que existen infinidad de argumentos a favor y en contra del control previo, destacando los argumentos positivos por la valoración y análisis de cada caso, lo cual generaría mayores eficiencias dentro de un mercado mucho más competitivo. También coinciden como regla general que en un sistema de control de las concentraciones empresariales destacan más los efectos positivos que los negativos, los cuales son excepcionales. Igualmente, coinciden en que un argumento

fundamental en favor del control de concentraciones empresariales radica en el hecho de que este permite frenar y reducir los riesgos de corrupción afirmando la libertad de pensamiento independiente.

Adicionalmente, coinciden en que el derecho a la libre competencia en nuestro país es un trípode y en el Perú se tienen a la fecha del debate dos pilares, faltando el tercero que es el control de fusiones y de concentraciones, *ex ante* y no *ex post*. Asimismo, a todos les parece muy interesante, pertinente y oportuno que continuamente se haya puesto en debate implementar o no en nuestro país el control de concentraciones empresariales, y nadie ha sustentado que dicho sistema distorsiona la competencia, coincidiendo todos en señalar que el objetivo principal de la normas de competencia, incluyendo la norma de concentración empresarial, debería ser la búsqueda de eficiencia y no el control del poder económico.

Frente a la pregunta de si hay mecanismos alternativos al control de concentraciones, sin duda los hay, pero la opción de otorgar facultades al Indecopi es una buena decisión para que esta institución realice estudios sobre las condiciones de competencia en un mercado en el que considere que hay concentración y que esté facultada para emitir recomendaciones de carácter vinculante.

Finalmente, coinciden en que si bien en la normativa peruana se prohíben conductas anticompetitivas, no se regula de manera precisa y concreta sancionar los denominados abusos explotativos, planteando entonces que se apruebe un marco legal regulador en el que exista un control previo *ex ante*, de las operaciones de concentración empresarial.

**4.2. *En el caso de mercados bajo regulación, ¿cómo afecta una concentración empresarial? ¿La regulación no es suficiente para evitar la ocurrencia de efectos negativos en aquellos mercados luego de una concentración? ¿Cuál ha sido el resultado de la norma de control de fusiones para el sector eléctrico que contempla el ordenamiento peruano (Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico - Ley n.º 26876)? ¿Debería preverse dicho control en otros sectores?***

En los procesos de control de concentración en el sector eléctrico ha habido 15 procesos de fusión desde que entró en vigencia la Ley n.º 26876, cinco procesos que no fueron notificados y evaluados por el Indecopi, aprobándose diez de los quince, incluyendo dos con condiciones, en los que sí hubo consenso y, en términos generales, la revisión e indagación de la autoridad competente fue muy positiva. Esas quince operaciones generaron que el Indecopi haya dejado de lado su labor paralela de aplicación de las otras atribuciones a su cargo, lo cual, de alguna manera, explicaba el retardo en muchos de los procesos en trámite.

Respecto al resultado de la aplicación de la Ley n.º 26876 que, como bien se ha mencionado, era la norma de control de concentraciones en el sector eléctrico, algunos de ellos no le encontraron mucha utilidad, razón por la cual la experiencia no fue muy positiva, surgiendo la inquietud de si el sistema debería trasladarse a otros mercados regulados o a otros sectores, regulación que podría entenderse también como un control político. El control de concentraciones, en consecuencia, se tiene que orientar a evitar la monopolización de los mercados y no tendría por qué degenerar en el control político de las empresas.

Uno de los argumentos más fuertes para sostener por qué el control de las concentraciones es necesario, es que la regulación funciona mucho mejor cuando hay varias empresas que compiten en la industria. Cuando el regulador enfrenta a una sola empresa monopólica, la capacidad del lobby a través del sistema político es mucho más fuerte, lo cual puede debilitar las atribuciones del regulador.

Otro argumento importante sobre los mercados regulados es que en ellos se destaca la competencia, cuando es viable como un mecanismo superior a la regulación, y si las funciones y la monopolización de los mercados eliminan la competencia, ello obliga a su regulación.

En general, todos los intervinientes se preguntaron por qué teníamos control de nuestras concentraciones únicamente en el sector eléctrico y por qué no en el sector de telefonías, y se mencionaba que las razones no eran técnicas, sino geopolíticas, ya que a mediados de la década de los noventa ingresaron muchos inversionistas de diversas nacionalidades, surgiendo los temores respecto a los niveles de influencia que pudieran tener en el poder.

Un diagnóstico que se hizo es que nadie puede decir que el mecanismo de control previo ha sido utilizado políticamente, y con algunos altibajos ha tenido un trabajo bastante técnico. Adicionalmente, opinaron que en los mercados regulados, el último objetivo era la regulación de los precios y, en general, en el derecho de la competencia las normas relacionadas con el control de fusiones y concentraciones son un adecuado instrumento para evitar los controles de precios.

**4.3. *De aprobarse una ley de control de fusiones y concentraciones empresarial, ¿cuál sería el diseño más eficiente para el procedimiento de autorización de tal manera que involucre menos costos tanto para las empresas involucradas en la operación como para la Administración Pública? ¿Estaría preparado el Indecopi para asumir esta nueva tarea administrativa? ¿Cómo variaría su estructura y su desempeño general?***

Dentro de un sistema de control de fusiones y de concentraciones empresariales, la notificación previa, es decir, *ex ante*, es el mecanismo que debería darse en lugar de la notificación posterior, posición en la que todos coincidieron. Respecto a si el Indecopi estuvo preparado, también coincidieron en mencionar que presupuestariamente no lo estuvo, porque no tenía los recursos económicos suficientes para la capacitación del personal técnico, por lo cual tendría que modificarse su Ley Orgánica para que sea un organismo regulador independiente con una autonomía presupuestaria adecuada.

Adicionalmente, coinciden en que el Indecopi no estuvo preparado al inicio, pero que no era muy difícil adecuarlo, adaptarlo y modernizarlo, así como dotarlo de mayor blindaje institucional frente a presiones de cualquier tipo, otorgándole mayor autonomía a sus órganos de decisión y fortaleciendo los mecanismos que garanticen transparencia y rendición de cuentas, asegurando la confidencialidad de la información entregada por las empresas, recomendando a la Comisión de Libre Competencia como organismo encargado de dicha función. Respecto al análisis costo-beneficio que resulte de la adopción de un sistema de control de fusiones, este tendría un resultado positivo.

En la mesa redonda hubo coincidencias en el hecho de que debería establecerse un nuevo marco legal regulador sobre el control previo de las operaciones de concentración empresarial en el cual se señalen una o más etapas específicas del procedimiento en las cuales la autoridad ofrezca a las empresas la opción de modificar los aspectos de su operación que podrían generar riesgos para el proceso de competencia en el mercado relevante identificado, para que el sistema funcione con carácter preventivo y para evitar la desaprobación de las operaciones si las empresas ejecutan las modificaciones que la autoridad competente les impone.

Adicionalmente, para que el sistema funcione se debe prever criterios objetivos para que la autoridad evalúe la propuesta de modificación que presenten las empresas y, además, otorgar facultades más específicas al Indecopi que le permitan validar las modificaciones y luego autorizar las concentraciones. Asimismo, para el caso de las concentraciones autorizadas bajo condiciones deben contemplarse requisitos y exigencias precisas para que la autoridad competente, es decir, el Indecopi, establezca las referidas condiciones o, de lo contrario, se generaría demasiada incertidumbre y una sobrecarga inapropiada.

Como criterio también uniforme se recomendó que en el nuevo marco legal debería señalarse con precisión cuáles son los umbrales mínimos que deben alcanzarse para que la autoridad competente imponga las condiciones que fueren necesarias.

Sobre estos puntos, también se sugiere la creación de una secretaría *ad hoc* que sea parte de la autoridad competente, que tenga a su cargo la parte inquisitiva y administrativa, lo cual requerirá la modificación de las normas del Indecopi en la que se establezcan las condiciones que debe asumir la nueva tarea, lo cual requiere del fortalecimiento institucional, incluso presupuestal, en lo que sí hubo total coincidencia.

**4.4. *El Perú es uno de los pocos países en el mundo que no tiene una ley de control de concentraciones empresariales, luego de casi más de veinte años de aplicación de políticas de competencia y de normas de libre competencia (Decreto Legislativo n.º 701 y Decreto Legislativo n.º 1034). ¿Significa ello que la experiencia ha tenido resultados positivos? ¿La aprobación de tal norma tendría un efecto en el clima de las inversiones y la situación macroeconómica de país?***

Efectivamente, coincidentemente, se reiteró por todos que uno de los argumentos que manejan todos los que están a favor del control de fusiones es que este sistema existe en muchos países del mundo, pero con un conjunto de instrumentos y normas legales que configuren un marco regulador que asegure que el mercado y la competencia no se vean distorsionados.

Asimismo, opinaron que en nuestro país, después de transcurridos veinte años hemos pasado por un proceso de maduración como en otras partes del mundo, habiéndose producido un debate alturado en los cuales muchos especialistas han opinado, habiéndose incluso elaborado diversos proyectos de ley que se vienen discutiendo a nivel público.

En lo que todos coinciden es en la importancia de un marco legal regulador del control previo de las operaciones de concentración empresarial, reconociendo, sin embargo, que el mecanismo podría ser complejo, pues los interesados tienen que contar con mucha documentación e información para sustentar ante el Indecopi que la concentración no provoca efectos negativos sobre la competencia, considerando que el establecimiento de un sistema de control previo será costoso por cuanto se exigirá una inversión considerable de recursos y de tiempo.

Como segundo material que debemos comentar en este punto 4 del presente trabajo estamos incluyendo el resumen de los principales comentarios de Ivo Gagliufi,<sup>5</sup> quien inició su artículo informando que en el Congreso se presentaron, desde el 2016 al 2018, doce proyectos de ley que involucraron a seis diferentes partidos políticos, además del proyecto del Ministerio de Economía y Finanzas, proyectos que fueron discutidos en las comisiones de Economía y de Defensa del Consumidor, y luego de unificarse los dictámenes se contó con uno solo que el 2 de mayo del 2019 fue discutido y aprobado en el pleno del Congreso, el cual, sin embargo, al final fue reconsiderado por la Comisión de Economía, la que a la fecha del artículo del autor consultado no fue debatido y aprobado, reconsideración que consistió en la necesidad de incorporar una disposición final en la que se indique expresamente que sus normas se aplicarán obligatoriamente a todos los procedimientos de control previo de fusiones con la utilización de la LPAG. En opinión del Dr. Gagliufi, lo más sano era que esta reconsideración sea aceptada en el pleno del Congreso para que se entienda que la LPAG se aplica de manera supletoria y no de manera obligatoria ni simultánea.

Como ya lo hemos mencionado, en la regulación sobre el control previo originalmente se hablaba de fusiones y luego de operaciones de concentración empresarial, por políticas económicas y/o por políticas públicas, y también por razones académicas. Como ya lo hemos mencionado, este tema se ha venido discutiendo durante más de veinte años, pero, en definitiva, se venía reconociendo la necesidad de contar en nuestro país con un marco legal regulatorio.

---

<sup>5</sup> GAGLIUFI, IVO. «Control previo de fusiones en el Perú: situación actual y proyecciones». En *Libro del Congreso Internacional de Derecho Corporativo: un mundo sin fronteras*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2020, pp. 131-140.

Siguiendo al Dr. Gagliufi,<sup>6</sup> un control previo de fusiones se presenta cuando hay una concentración empresarial, es decir, cuando concurren empresas vinculadas entre sí, y dependiendo del umbral que se fije en la ley, que por lo general es un umbral monetario, esas empresas van a tener que notificar esta operación al Indecopi, lo cual tiene tres posibilidades: la primera opción es que se apruebe la fusión sin ningún tipo de condiciones, porque considera que no tiene ningún impacto en contra de la eficiencia económica y de los consumidores; la segunda es que el Indecopi apruebe la fusión con condiciones; y la tercera opción es la denegatoria de la operación.

Para el Dr. Gagliufi, resumiendo, los puntos más importantes de aprobarse un marco legal regulador estableciendo un control previo de las operaciones de concentración empresarial son los siguientes:

- 1) La necesidad de establecer este tipo de régimen para promover la eficiencia económica en los mercados, para el bienestar de los consumidores.
- 2) Determinar los tipos de operaciones que podrán ser considerados de concentración empresarial y que por ello que sean notificadas al Indecopi: las fusiones por absorción, las adquisiciones significativas de acciones para que una empresa obtenga el control de otras, y las fusiones por constitución, es decir, la creación de nuevas empresas.
- 3) La notificación obligatoria al Indecopi cuando se supere el umbral, lo cual es una cifra monetaria que se establece para que, de manera objetiva, se le tenga que notificar.
- 4) Respecto al tipo de umbral, en los proyectos se consideraban umbrales cuantitativos y cualitativos, y se deben optar por los primeros por ser más simples, predecibles y objetivos.
- 5) La necesidad de incorporar en la ley una lista taxativa de factores para determinar si se aprueba la concentración primaria sin condiciones, con condiciones o si se deniega.
- 6) Incorporar la posibilidad de formular al Indecopi consultas previas y la que va a absolver dicha consulta será la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, pero la que tomará la decisión será la Comisión.
- 7) El tipo de procedimiento que se seguirá será un procedimiento *ad hoc* particular que comprende dos fases, lo que genera certidumbre y celeridad, pues la fase 1 es casi automática, en cambio la fase 2 es más compleja.
- 8) La incorporación de una cláusula de protección, que implica que ningún comisionado o vocal pueda ser denunciado penal o civilmente por la decisión que haya tomado respecto a un procedimiento de control previo.
- 9) Finalmente, respecto a las entidades competentes para el control previo, será el Indecopi el que tendrá competencia originaria para todos los sectores; sin embargo, en asuntos que por sus intervinientes lo requieran se requerirá de las opiniones obligatorias de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) o de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).

El tercer material que consideramos pertinente comentar es la tesis para optar el título de abogado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura sustentada por Luis Antonio Vigo Chafloque,<sup>7</sup> cuyo tema abordado con bastante objetividad es *Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano*, la cual consta de una «Introducción»; un capítulo 1 sobre «Las concentraciones empresariales y el rol del Estado»; un capítulo 2, sobre «El control previo

<sup>6</sup> *Idem*, p. 132.

<sup>7</sup> VIGO CHAFLOQUE, Luis Antonio. *Apuntes sobre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano*. Tesis para optar el título de abogado en la Universidad de Piura, enero 2019 (asesor magister Víctor Gonzalo Mercado Bazán).



de concentraciones empresariales como mecanismo de intervención estatal sobre el mercado»; un capítulo 3, sobre «El control previo de concentraciones empresariales en el ordenamiento peruano: razones y análisis para su incorporación», el cual, sin duda, es el más interesante para su lectura, pues se refiere a la necesidad de implementar el control previo y sobre los motivos referidos a la realidad económica y política, los motivos referidos al marco jurídico peruano; y termina con el análisis de Dictamen 2018, del 4 de octubre del 2018, emitido por la Comisión de Economía, Banca y Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, dictamen en el cual se analizan los otros diez proyectos de la ley presentados al Congreso y en el cual se recogen las opiniones de diferentes entidades públicas, tomando como base la referencia a cuatro figuras jurídicas: (1) los umbrales de notificación; (2) la consulta previa; (3) el procedimiento bifásico (fases 1 y 2); y, 4) el silencio administrativo.

En sus conclusiones reconoce y reitera lo que en múltiples eventos, foros y trabajos se ha dicho, que en la Constitución actualmente vigente, en su régimen económico existe una economía social de mercado, la cual se caracteriza por su liberalidad y, además, por admitir la posibilidad de que el Estado actúe bajo un principio de subsidiaridad y que, además, reconoce la existencia de un proceso competitivo en el mercado en el que intervienen los empresarios, los consumidores y el Estado. Siendo sus conclusiones finales ocho, consideramos que de ellas cinco son las más importantes y relevantes, en el sentido de que tienen coincidencia con nuestra posición, siendo ellas las siguientes:

- 1) El control previo de concentraciones empresariales es una forma de intervención estatal que consiste en el análisis estructural y funcional de un negocio de concentración empresarial, de manera previa a su puesta en ejecución, según los referentes predispuestos legalmente, para determinar su mayor o menor afectación a la libre competencia de un sector mercantil, con el fin de autorizar plena o condicionalmente, o de denegar su eficacia.
- 2) El control previo de concentraciones empresariales es un mecanismo compatible con el marco jurídico peruano actual, por cuanto sirve como una herramienta de control *ex ante*, complementaria a los ya vigentes controles *ex post*, con el fin de determinar, antes de su ejecución, cuándo una concentración empresarial tiene potenciales efectos para afectar significativamente la libre competencia dentro de un sector mercantil.
- 3) Desde un punto de vista económico, se puede constatar que son varios los sectores del mercado peruano en donde se percibe un alto nivel de concentración, característica que facilita la posibilidad de que, a través de una integración empresarial concertada, la competencia practicable en un determinado sector se vea significativamente menguada. Por ello, el control previo de concentraciones empresarial aparece como un mecanismo idóneo para evitar tal perjuicio al mercado.
- 4) También se ha demostrado que la institucionalidad del organismo público competente para ejercer el control previo de concentraciones, es decir, el Indecopi, permite que esta herramienta jurídica no sea empleada con fines políticos. Por otro lado, la experiencia internacional demuestra que este tipo de controles no desincentivan la inversión privada y, por el contrario, generan más seguridad jurídica.
- 5) Es necesario, sin embargo, afinar algunos elementos de significativa importancia en el diseño de un control previo de concentraciones empresariales para su incorporación en el mercado peruano. En efecto, de un análisis del Dictamen 2018 anteriormente mencionado, así como de algunos proyectos legislativos se ha considerado mejorables aspectos como los umbrales de notificación (a través de la especificación de umbrales para cada sector económico), la consulta previa, el procedimiento bifásico, el cual, con seguridad, está mejor definido en una regulación específica, y el silencio administrativo, el cual debe ser positivo, con el fin de no afectar los derechos de los privados que forman parte de la operación de concentración.



Como cuarto y último material de consulta hemos recurrido a la ponencia de Gabriel Ochoa Bendezú<sup>8</sup> en la cual toma como eje central el rol que tendrá o debería tener la Ley n.º 31112, con la cual se establece un control previo a las operaciones de concentración empresarial definiéndolo como sistema, así como sus modalidades. En su posición, que compartimos, debe haber necesariamente un control previo para así poder proteger tanto a la Libre Competencia como al consumidor de monopolios que sean perjudiciales, sin embargo, este control no debe ser ineficiente ni mucho menos improvisado, por lo que se debe tomar en cuenta la experiencia previa de este tipo de regulación para así no interferir de manera negativa en el tráfico comercial, buscando reflejar la necesidad de una mayor responsabilidad social empresarial en aspectos tan importantes como el sector salud, siendo uno de los medios para lograrlo, el derecho comercial.

Las conclusiones a las que arriba el Dr. Ochoa Bendezú en su ponencia, que compartimos plenamente, son las siguientes:

- Las empresas pueden concentrarse mediante una fusión o una adquisición, dichas operaciones mercantiles resultan necesarias en el ámbito comercial; sin embargo, las autoridades no deben hacerse de la vista gorda ante transacciones que puedan resultar restrictivas de la competencia, pues se perjudica a los consumidores.
- La Ley n.º 31112 busca establecer un control previo a las operaciones de concentración empresarial que cumplan con ciertos umbrales. Esta ley incluye un procedimiento que puede desembocar en autorizar la operación, autorizarla bajo ciertos requisitos, y no aprobarla por considerarla lesiva a la competencia.
- Si bien existe doctrina que se encuentra en contra de la regulación *ex ante* de las operaciones de concentración empresarial, queda sustentada la importancia del rol preventivo que debe cumplir la mencionada Ley debido a los numerosos casos de monopolios u oligopolios que se suscitaron en el país y perjudicaron a una gran parte de la población. Esta afectación resulta aún más indignante y notoria en el contexto de una emergencia sanitaria en que miles de personas sufren por conseguir un medicamento o un balón de oxígeno.
- Entendemos que no es un proceso fácil ni barato, es por ello que se debe buscar reforzar el Indecopi para una mayor eficiencia de los servidores y así emitir decisiones más acertadas y rápidas, con el fin, también, de no perjudicar sobremedida el tráfico mercantil. En ese sentido es importante revisar la experiencia nacional e internacional que se tiene en este tipo de regulaciones.
- Por último, consideramos que es un reto del derecho comercial peruano, estando *ad portas* del bicentenario de nuestra República, el conciliar al sector empresarial, con énfasis en las grandes empresas, con los sectores más vulnerables, económicamente hablando, del país. En ese sentido, la ley analizada en la presente ponencia constituye un gran paso para lograr dicho objetivo, pero hay aún mucho por hacer.

Sin duda alguna son abundantes las ponencias que se podrían comentar y/o reproducir en el presente artículo, pero la idea ha sido hacer una presentación mixta que nos ha permitido referirnos a los antecedentes esenciales del marco legal regulador del control previo de las operaciones de concentración empresarial, al Decreto de Urgencia n.º 013-2019 y su norma modificatoria, a la Ley n.º 31112 y a su Reglamento, y a cuatro trabajos vinculados que los hemos seleccionado por considerarlos, además de interesantes, pertinentes, reconociendo, sin embargo, que sobre el tema elegido hay mucho material para comentar y esperamos hacerlo en otra ocasión.

<sup>8</sup> OCHOA BENDEZÚ, Gabriel. *Concurso de Ponencias sobre «La nueva Ley de Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial y su rol en un contexto de emergencia sanitaria»*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 3 de julio de 2021. Recuperado de <<https://facebook.com/CongresoComercialSanMarcos>>.

## 5. REFERENCIAS

GAGLIUFI, Ivo. «Control previo de fusiones en el Perú: situación actual y proyecciones». En *Libro del Congreso Internacional de Derecho Corporativo: un mundo sin fronteras*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2020, pp. 131-140.

KRESALJA, Baldo y César OCHOA. *Derecho constitucional económico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009.

OCHOA BENDEZÚ, Gabriel. *Concurso de Ponencias sobre «La nueva Ley de Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial y su rol en un contexto de emergencia sanitaria»*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 3 de julio de 2021. Recuperado de <<https://facebook.com/CongresoComercialSanMarcos>>.

VIGO CHAFLOQUE, Luis Antonio. *Apuntes entre el control previo de concentraciones empresariales y su posible incorporación al ordenamiento peruano*. Tesis para optar el título de abogado en la Universidad de Piura, enero 2019 (asesor magister Víctor Gonzalo Mercado Bazán).

ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. «El control de concentraciones empresariales en el Perú. Fundamentos para su regulación». En *Ius Et Veritas*, julio 2018, n.º 56, pp. 220-255.

## MEDIACIÓN VIRTUAL. EL APOORTE DE LA TECNOLOGÍA COMO PROCESO DISRUPTIVO PARA LA JUSTICIA

Juan F. Jiménez Mayor\*

**Sumario:** 1. Importancia de los medios alternativos de solución de conflictos.— 2. Justicia e innovación tecnológica.— 3. MASC *online*.— 4. Nota final sobre el acceso a la justicia y el acceso a internet.— 5. Perú: medios alternativos digitales.— 6. Referencias.

«El juicio constituye un estado de guerra entre los litigantes, que causa considerables perjuicios a los asociados y lastima los intereses de la sociedad, de lo cual se deduce que la autoridad pública está obligada a interponer sus buenos oficios en cada caso que se presente, procurando evitar ese estado anormal en las relaciones sociales. Por esto se ordena en todas las legislaciones que antes de comenzar el juicio se celebre un acto judicial entre los interesados, con el objeto de arreglar sus diferencias amigablemente, lo que se llama conciliación o acto conciliatorio».

*Miguel Antonio de la Lama, 1905*

Los medios alternativos de solución de conflictos (MASC) constituyen hoy una verdadera alternativa para resolver disputas, no solo porque alivian a los siempre congestionados, lentos e ineficaces tribunales de justicia, sino debido a que integran metodologías de comunicación que, además de solucionar la controversia, facilita la composición del conflicto permitiendo restaurar las relaciones interpersonales, aportando así a una cultura de paz. Son mecanismos que aportan a soluciones rápidas que impiden el desgaste económico, psicológico y de tiempo que supone un largo juicio.

A las muchas bondades que producen estos medios alternativos se presenta ahora la *virtualización* que permite utilizar estos mecanismos a la distancia, es decir, de modo no presencial, lo que los hace más eficientes al permitir conectar *en línea* a las personas para resolver sus disputas, aunque estas se encuentren a cientos o miles de kilómetros una de otra. Gracias a las nuevas herramientas tecnológicas que facilitan la comunicación tenemos mayores posibilidades de interactuar y resolver controversias.

Este cambio ha sido drástico y fuertemente acelerado debido a la pandemia de COVID-19, habiéndose potenciado nuevos conceptos como *mediación digital* o nuevos roles como el *ciber mediador*, lo que plantea que estamos en un escenario de muchos cambios que debemos saber asimilar y entender, así como conocer lo que se está haciendo a nivel global. Se trata de un momento disruptivo que nos obliga a buscar soluciones distintas o no tradicionales para resolver las diversas controversias que se dan en el entorno social que tienen que ver con conflictos en materia de consumo, temas laborales, familiares, cuestiones patrimoniales, conflictos vecinales, entre otros asuntos.

El desafío implica ya no solo hablar de las mejores formas de resolver los conflictos mediante la autocomposición como un medio para descongestionar los tribunales, como sucedió en los años noventa en muchos países con la introducción de los MASC, impulsado entonces por aquella corriente regional que llegó desde la banca multilateral y la cooperación técnica a partir del famoso método de negociación de la Universidad de Harvard, sino que en la actualidad responde a la necesidad de pensar en el acceso a la justicia desde la perspectiva digital, para facilitar el encuentro virtual de las personas para resolver sus controversias ante la imposibilidad de la presencialidad.

---

\* Abogado. Máster en Compliance Normativo Penal por la Universidad de Castilla-La Mancha (España) y máster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exministro de Justicia y DD. HH. y expresidente del consejo de ministros.

Precisamente, esta relación entre los MASC y la tecnología hizo nacer lo que se denomina *Online Dispute Resolutions* (ODR), que es la posibilidad del trabajo de solución colaborativa de conflictos a distancia, que tiene aún enormes desafíos pese a los avances importantes que tenemos, pues no solo se requiere más difusión y generación de confianza en estos métodos, alejando la naturaleza litigante de las personas, sino que debemos tener presente la desigualdad social existente en un continente de mucha pobreza como el nuestro, que produce exclusión y un acceso desigual a la digitalización.

En efecto, un reciente estudio del BID revela que solo el 71 % de la población urbana de América Latina y el Caribe cuenta con opciones de conectividad, lo que implica que un 29 % no tiene este servicio, siendo la situación en el ámbito rural mucho más preocupante, pues en este ámbito solo tiene acceso el 34 % de la población, lo que representa que 77 millones de personas no tienen acceso a internet<sup>1</sup> Con este dato sobre la mesa es necesario concluir que hace falta mucho por avanzar aún para no convertir la digitalización en una barrera al acceso a la justicia.

No obstante, debemos resaltar los avances en la materia y que haya existido una preocupación para superar lo que ha sido un enorme desafío que ha logrado extender la posibilidad de los MASC en un contexto muy complejo. Si bien la innovación digital a distancia tenía aplicación práctica en algunos países, eran iniciativas particulares y no extendidas; sin embargo, precisamente, han sido estas experiencias las que han servido para que la comunidad internacional de los MASC advierta que en medio de la pandemia existía desde hace algunos años la posibilidad de gestionar conflictos a distancia. Desafortunadamente, no existen muchos estudios sobre la materia.

¿Estamos en un proceso irreversible en los ODR? Es sabido que en épocas de cambio, cuando ocurren sucesos tremendos como los que vivimos, viene una etapa de confusión para saber hacia dónde iremos. No obstante, si estas innovaciones realmente agregan valor a lo que hacemos, sucede que, como se dice en una frase muy usada en esta época, el proceso *viene para quedarse*. Y eso parece que sucederá con los MASC en su modalidad virtual que, como han dicho algunos expertos, terminará por *canibalizar* la presencialidad en el sentido de sustituirla por sus innegables ventajas en ahorro de tiempo y dinero.<sup>2</sup>

De esta forma, la pandemia ha convertido a los MASC *online* en uno de los recursos más demandados para la solución de conflictos, siendo que se requería cambiar las cosas y dejar de hacer *lo que siempre se hizo*, debiéndose pasar, entonces, a generar cambios para que las personas y sus conflictos participen ahora en una sala imaginaria —una sala virtual—, contando con la ayuda de profesionales debidamente entrenados en los nuevos escenarios para que puedan dialogar mediante un monitor digital y buscar acuerdos sobre la mejor solución a su caso.

De esta forma, en esta *nueva normalidad* se ha cambiado mucho las perspectivas sobre el modo de hacer las cosas que conocíamos, haciendo que la tecnología se vuelva un elemento indispensable y necesario para sobrevivir, pues sin la comunicación como hoy se ofrece, difícilmente podríamos resolver mucho de lo que debemos hacer. Por supuesto, la comunicación virtual no nació con la COVID-19 y los aplicativos y las plataformas como WhatsApp, Messenger, Zoom, Google Meet, Skype y otras ya eran indispensables en nuestra vida, pero esta nos mostró que son imprescindibles debido a los largos periodos de aislamiento y teletrabajo, convirtiéndose en herramientas preciosas para nuestra convivencia.

El cambio es muy drástico e implica romper ciertos paradigmas alimentados por la costumbre y la comodidad de hacer las cosas como siempre, e implica superar el miedo hacia lo nuevo y buscar alinearse rápidamente al conocimiento del mundo digital, debiéndose superar o mitigar escenarios de

<sup>1</sup> BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Conectividad rural en América Latina y el Caribe: un puente al desarrollo sostenible en tiempos de pandemia*. 2020. Recuperado de <<https://repositorio.iica.int/handle/11324/12896>>.

<sup>2</sup> ELISAVETSKY, Alberto. «Más de una década para una profecía autocumplida». En ALMIRÓN, Daniela Patricia y Gabriel TUBIO (coordinadores). *Mediación en tiempos de pandemia. La adecuación circular de la gestión de mediación y relatos de casos*. Buenos Aires: FEN, 2021, p. 36.

exclusión que responden a factores generacionales, culturales, de falta de acceso a los medios tecnológicos y de condiciones generales que impiden el acceso a los servicios, debiéndose trabajar en ello en el corto plazo.

Quienes critican los avances de la tecnología en el acceso a la justicia señalan que el uso de plataformas digitales hace que se pierda la riqueza de la interacción personal siendo posible que sea así, pues al estar en una sala de forma presencial, en el marco de una negociación, una audiencia de mediación, de conciliación o en medio de un arbitraje, estamos en un entorno en donde se ofrecen muchas posibilidades para la comunicación e incluso para la expresión de conductas, sentimientos y hasta señas perceptivas como las miradas, el lenguaje corporal, los gestos de aprobación o rechazo, la tristeza, la ira, el enojo, la alegría, la rabia y los rostros de la reconciliación. Así, el enfoque tradicional nos informa que la gestión de los conflictos requiere la presencialidad para resolverlos *cara a cara*, pero hemos aprendido rápidamente que esto también puede darse en un enlace virtual, pudiendo desde las pantallas de un dispositivo electrónico, reconocer la comunicación gestual, debiéndose incorporar otras dinámicas para generar confianza y romper las barreras comunicativas. Además, téngase en cuenta que se vienen diseñando nuevos sistemas informáticos que pueden captar también las emociones si es preciso, lo que nos plantea un nuevo mundo que parece no tener límites.<sup>3</sup>

Es interesante comprender que este proceso comenzó hace años, siendo que la pandemia ha precipitado drásticamente su desarrollo, pudiéndose observar que los MASC en verdad generan espacios maleables, dúctiles, que permiten adaptarse a situaciones complejas, siendo esencialmente verdaderas *alternativas*. En efecto, la dinámica que vemos hoy no ha partido de cero, sino que ha tenido mentes precursoras con publicaciones y estudios que resaltan la labor que se viene desarrollando en materia digital en los MASC, debiendo destacarse la labor del National Center for Technology and Dispute Resolution de la Universidad de Massachusetts en EE. UU., el centro de investigación y difusión de resolución de disputas en línea más importante del mundo. De igual forma, los estudios de Alberto Elisavetsky, desde su red de mediación en línea,<sup>4</sup> así como investigaciones europeas como la tesis doctoral de Rolando Ortega editada recientemente por Bosch.<sup>5</sup> También debo destacar el reciente libro testimonial, coordinado y publicado el 2021, de Daniel Almirón y Gabriel Tubio, que denota los esfuerzos realizados en Iberoamérica en esta materia.

Tenemos claro que el año 2020 representó un verdadero desafío para la humanidad en muchos sentidos, habiendo encontrado en internet el espacio para reinventar nuestro trabajo y, particularmente, ha sido un tiempo en donde se ha generado una nueva dimensión para los MASC, implantándose un nuevo entorno digital.

## 1. IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El conflicto está en la naturaleza humana y lo que se desarrolla en sociedades civilizadas son, precisamente, maneras de conducirlos por medios razonables que permitan que se puedan pacificar los antagonismos mediante, alternativamente, un acuerdo o una decisión de autoridad. En ello estamos en el mundo de la *autocomposición* o la *heterocomposición*; el primero es el que alude a una solución del litigio marcada por las propias partes en disputa, que acuerdan poner fin a la misma con una salida consensuada que tiene la virtud de facilitar o contribuir generalmente a la restauración de las relaciones interpersonales. Son la mediación, conciliación, transacción, negociación y amigable composición.

<sup>3</sup> Es el caso de MixedEmotions o AffdexMe, sistemas informáticos de código abierto para conocer y analizar emociones multimodales y multilingües, contenidas en audios, textos o expresiones faciales grabadas en video, requiriéndose una computadora con conexión a internet. No funciona en tiempo real y debe efectuarse a partir de los audios, textos o videos que el usuario sube a la plataforma. Es un software que podría aportar al mediador familiar la identificación de las emociones tras las expresiones faciales y serviría para favorecer la comunicación, ya que a través de esta el mediador podría conocer cómo expresa sus emociones a cada usuario.

<sup>4</sup> Ver por ejemplo, ELISAVETSKY, Alberto. *Resolviendo conflictos en la era de la inteligencia artificial: Online Dispute Resolution Journal Latinoamérica*. Buenos Aires: Alberto Elisavetsky, 2020. Recuperado de <<http://odrlatinoamerica.com/wp-content/uploads/ODRjournalLATAM-0.pdf>>.

<sup>5</sup> ORTEGA HERNÁNDEZ, Rolando Joaquín. *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos*. Barcelona: Bosch., 2019.

La *heterocomposición*, el otro concepto aludido, se refiere a la imposición de una solución desde fuera, en la que interviene un tercero con autoridad legítima que decide en el marco de un debido proceso. Se identifica en este ámbito al arbitraje, sea *ad hoc* o institucional. Otros MASC pueden considerarse híbridos, como el caso del *dispute boards*,<sup>6</sup> dado que se sitúa como un mecanismo de heterocomposición, pero su misión es evitar los conflictos y en esa vía está orientada a favorecer la autocomposición.

Nacen así los MASC que provienen en esta etapa de una vertiente culturalmente diferente y que buscaba descargar el trabajo de los jueces, mediante diversas metodologías, entre la que destaca la escuela de negociación de Harvard —impulsada en los años setenta—,<sup>7</sup> que promueve el logro de acuerdos bajo un esquema simple y práctico que consiste en usar siete elementos: comunicación, relación, intereses, opciones, legitimidad, alternativas y compromisos.

Esta tendencia pretende la búsqueda de posibilidades que permitan llegar a un acuerdo que satisfaga a ambas partes, lo que requiere comunicación y una capacidad de trabajo colaborativo con técnicas apropiadas. El objetivo es no llegar al final de la negociación con menos de lo que se pretendía, debiendo considerarse que antes de iniciar una negociación se debe ser consciente de que es casi imposible llegar al final obteniéndolo todo, es decir, el 100 % de lo deseado, por lo que siempre alguien tiene que ceder para llegar a un acuerdo; así nace el concepto MAAN: Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado.

Los MASC son procedimientos paralelos a los mecanismos tradicionales de solución de controversias que tienen la virtud, en su esquema autocompositivo, de buscar la solución *por nosotros mismos*, de manera amigable, rápida, económica y beneficiosa para las partes. No ahonda el conflicto, como lo hace un juicio en un tribunal, en donde el antagonismo y la estructura adversarial que define por naturaleza el proceso judicial difícilmente permitirá que las partes en contienda puedan reconstruir su relación.

En la conciliación o mediación, en cambio, la búsqueda de soluciones recompone o reconstruye de algún modo las relaciones interpersonales. Además, es importante destacar que los MASC, al menos en sus versiones más extendidas como la conciliación y la mediación, suelen ser usados con mayor énfasis por poblaciones vulnerables, debido a que muchas veces son la única forma de solución que tendrán para resolver sus conflictos.

Estos mecanismos alternos se caracterizan, principalmente, por su *flexibilidad*, pues se alejan de lo que a veces son rituales procesales —como los que acontecen en un proceso judicial— y buscan más bien el diálogo y el entendimiento, mediante mecanismos que producen puentes de comunicación. Otra de sus características es el *protagonismo de las partes*, pues son estas las llamadas a buscar soluciones con la utilización de mecanismos probados que permiten alcanzar acuerdos. Aquí, la solución depende de las partes en conflicto, salvo el caso del arbitraje en donde esta posibilidad es delegada a un tercero (el árbitro).

La integración de los MASC en los ordenamientos jurídicos es una tarea compleja, considerando las características sociales y culturales de cada país, aunque compartimos la visión de Fandiño, quien repara que, en general, existe en la región una perspectiva restrictiva a la hora de regular los MASC, pues se norman en términos acotados respecto a sus competencias y las técnicas de resolución, bajo

<sup>6</sup> En el llamado *dispute review board*, las partes designan un panel de expertos *ad hoc* que se ocupan desde el inicio de supervisar tanto el proyecto como la negociación de las disputas que vayan surgiendo, con el fin de evitar la instancia posterior de conciliación o arbitraje. Por lo general, componen el panel *ad hoc* tres personas expertas en la materia objeto de la controversia y se involucran en el proyecto desde el inicio, lo que presenta la ventaja de inmediatez en la solución de conflictos, pero le agrega a su vez un factor de costo que solo algunos proyectos pueden solventar.

<sup>7</sup> Creado por los profesores Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton de la Universidad de Harvard, llamado obtención de beneficios mutuos. Cfr. FISHER, Roger; URY, William y BRUCE PATTON. *Getting to yes. Negotiating Agreement without giving in*. New York: Penguin Book, 2012. Este libro se ha mantenido durante todos estos años como material líder en asuntos de negociación.

una tendencia de primacía de los medios tradicionales.<sup>8</sup> Acreditamos ello en el hecho de que se busca en muchos países que los mecanismos estén subordinados a los jueces, quienes reenvían los casos para verificar si considera la posibilidad de una mediación. Más recientemente, muchos países no permitían el uso de los MASC no presenciales, como fue el caso de Perú, por lo que desde el inicio de la pandemia no pudo realizar conciliaciones prejudiciales, lo que fue habilitado luego de más de un año de la emergencia sanitaria mediante una reforma legislativa, la Ley n.º 31165 de marzo de 2021.

En otros casos, los países no legislan sobre nuevos mecanismos alternativos distintos al arbitraje, la mediación y la conciliación, como son la amigable composición, los minijurios (*mini-trial*), los tribunales multipuertas —*multi-door courthouse*— y la ley colaborativa, por poner algunos ejemplos. Gustamos mantener lo tradicional.

Pero es notorio que la aplicación de los MASC no se realice a partir de las necesidades jurídicas de la población, lo que expresa una ausencia que debe ser cuestionable. En la región solo Argentina, Chile y Colombia han efectuado estudios sobre necesidades jurídicas de las personas, identificándose así las brechas existentes en materia de servicios legales y de justicia, lo que permite idear y sostener la oferta que cubra la demanda de justicia.<sup>9</sup> Así, contar con un estudio sobre la conflictividad, la situación social de los litigantes, los tipos de conflictos que enfrentan, sus expectativas, las posibilidades del uso de medios alternativos, la cobertura actual y la necesaria, las expectativas de la población, entre otros criterios, significa contar con el conocimiento para enfocar mejor lo que se tiene que hacer y priorizar los recursos atendiendo a las demandas de la gente y no lo que busca el Poder Ejecutivo o quiere la judicatura.

Si bien existe una aplicación amplia de la mediación y conciliación en el mundo occidental en temas de consumo, asuntos civiles, familiares y penales, entre otros, aún son pocas las referencias sobre estándares internacionales sobre la manera más adecuada de llevarla a cabo, aunque es posible identificar algunos referentes generales como, por ejemplo, las Directrices de las Naciones Unidas para una Mediación Eficaz del año 2012<sup>10</sup> o el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de la misma ONU del año 2006.<sup>11</sup>

También ha sido clave en la búsqueda de estos estándares considerar, en materia de arbitraje, la influencia y el aporte de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral), que ha impulsado la armonización de la normativa sobre derecho mercantil y, concretamente, sobre el arbitraje internacional, en concordancia con la necesidad del proceso globalizador para reconocer este medio alternativo de solución de conflictos como una modalidad viable para encauzar grandes disputas, existiendo además diversos tratados internacionales como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958,<sup>12</sup> la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o la Convención de Panamá de 1975,<sup>13</sup> el Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión (Ciadi),<sup>14</sup> entre otros.

<sup>8</sup> FANDIÑO, Marco. «Recomendaciones para la implementación de mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia». En *Sistema Judicial. Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, CEJA, 2017, n.º 20, año 16, p. 59. Recuperado de <<https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-20-web-14-marzo-2017.pdf>>.

<sup>9</sup> Por ejemplo, en el caso de Chile, Cfr. GfK. *Informe final. Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a justicia. Estudio desarrollado por GfK Adimark Chile para el Ministerio de Justicia del Gobierno de Chile*. Julio de 2015. Recuperado de <[https://biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/653/Inf.%20Final\\_Est.%20Encuesta%20Nac.%20Necesidades%20Jur.%20C3%ADdicas%20y%20Acceso%20a%20Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/653/Inf.%20Final_Est.%20Encuesta%20Nac.%20Necesidades%20Jur.%20C3%ADdicas%20y%20Acceso%20a%20Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>.

<sup>10</sup> Ver <[https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation\\_UNDPA2012%28spanish%29\\_0.pdf](https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012%28spanish%29_0.pdf)>.

<sup>11</sup> Ver <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf)>.

<sup>12</sup> Ver <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>>.

<sup>13</sup> Ver <[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje\\_comercial\\_publicaciones\\_Actas\\_Sesiones\\_Preparatorias\\_Version\\_2014.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Actas_Sesiones_Preparatorias_Version_2014.pdf)>.

<sup>14</sup> Ver <<https://icsid.worldbank.org/es/acerca#:~:text=EI%20CIADI%20es%20la%20instituci%C3%B3n,los%20casos%20de%20inversi%C3%B3n%20internacional>>.

Pero, claro, el arbitraje es un medio que no es usado mayormente por la población, sino que lo es para cierto tipo de controversias donde está en juego usualmente muchos recursos, siendo la mediación y conciliación los que sirven más a la gente común. En efecto, en América Latina, la conciliación y la mediación pueden relacionarse más con la población de escasos recursos, quienes pueden así solucionar sus problemas al menor costo posible, pues no están en capacidad de soportar la duración de un proceso judicial y, además, culturalmente pueden estar más cercanos a esa posibilidad, como es el caso de la mediación intercultural en España para temas migratorios y la mediación comunitaria en muchos países, en donde se afianza más esta opción.

Se suele reconocer a los MASC como elementos periféricos a los tribunales, es decir, como *instancias orbitales* como lo califica Fandiño,<sup>15</sup> lo que tiene que ver con la construcción de una imagen *centrista* de los tribunales, en donde los mecanismos alternativos están ligados a estos de manera previa o son concurrentes, de esta forma, están siempre ligados al Poder Judicial. De hecho, existen muchos elementos que permiten sostener esta afirmación, como el hecho de que el juez pueda enviar a las partes a conciliar o que sea el juez quien deba aprobar u homologar un acuerdo alcanzado vía la mediación; también se puede reafirmar este concepto en el caso del modelo norteamericano, replicado en muchos países del mundo con los llamados *tribunales multipuertas* (*multi-door courthouse*), mediante el cual se diseña desde la judicatura una serie de opciones de atención diversas frente a la necesidad de justicia de una persona, dentro de la cual está la posibilidad de enviar el caso a mediación o conciliación.<sup>16</sup>

En la otra cara de la moneda se encuentran aquellos que son críticos de los MASC, que consideran que el proceso judicial debe enfatizarse, puntualizando que los medios alternativos no han logrado posicionarse en nuestros países, lo que se evidencia por la continua curva ascendente de causas que ingresa a los tribunales de justicia, puntualizando que una de las debilidades de los MASC tiene que ver con la baja asistencia de las partes a las audiencias. En este sentido, los críticos plantean que los MASC deben insertarse en el ámbito del Poder Judicial, debiendo ser impulsados por los propios jueces, sea que planteen la conciliación directamente o disponiendo se remita la controversia a especialistas dentro de la judicatura o fuera de ella a través de centros independientes acreditados, pero todo ello como parte del proceso a cargo de la judicatura. Naturalmente, esta posición es cuestionable, pues sitúa a la conciliación y mediación a la *sombra del tribunal*, sin destacar su importancia como un medio realmente alternativo.

En ese sentido, debemos tener en cuenta que la apuesta por los MASC es sumamente relevante en circunstancias en que podemos obtener un espacio aceptable y equitativo, en donde las partes puedan no solo resolver una controversia satisfactoriamente, sino componer sus propias relaciones interpersonales a un costo razonable, sin congestionar los tribunales, entender, así, que estamos ante verdaderas alternativas, pues la mediación o la conciliación no son técnicas destinadas a valorar y proteger derechos, por lo que es necesario tener el suficiente cuidado para lograr un equilibrio entre las partes y equidad con quien es el más débil de la relación.

## 2. JUSTICIA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

Las nuevas tecnologías están impactando en los MASC, tal como lo viene haciendo desde hace tiempo en la industria legal. Tradicionalmente, los abogados han tenido el monopolio de los servicios legales en lo que puede llamarse el *modo artesanal* de plantear la labor legal en los diferentes ámbitos como la asesoría, la representación legal, el proceso judicial, la producción de jurisprudencia, entre otros aspectos. Pero esto está cambiando con el ingreso de la tecnología en la línea de facilitar la labor de jueces y abogados, e incluso para los propios usuarios de estos servicios.

<sup>15</sup> Ver en FANDIÑO, Marco. *Op. cit.*

<sup>16</sup> En un esquema multipuertas, el caso llega a la administración de justicia, siendo analizada la demanda, la misma que es derivada en función a su naturaleza y posibilidades a la mediación, arbitraje, opciones de consejería o continuar su trámite como una disputa ordinaria siguiendo el proceso usual. Se concibe el modelo como un «centro de resolución de disputas» que tiene varias vías de solución. Fue creado por el profesor Franc Sander de la Universidad de Harvard <<https://cejamericas.org/wp-content/uploads/2020/09/143otrosmediosalternativos.pdf>>.



A nivel judicial ya existe el expediente electrónico; en las firmas de abogados existen soportes de trabajo para el control de los casos, registro de tiempos para clientes, facturación y otros procesos; se cuenta con sistemas digitales de información sobre normas y jurisprudencia; e incluso se han creado plataformas para informar gratuitamente a las personas sobre sus derechos o para redactar contratos o solicitudes ante la administración para trámites usuales.

En materia de MASC, existen portales web que ofrecen servicios de negociación entre partes para la solución de controversias con el uso de algoritmos en donde solo interviene una máquina para juntar a las partes para realizar negociaciones virtuales —sincrónicas o asincrónicas—; también se procesan arbitrajes *online* donde las partes, los árbitros y la secretaria arbitral están repartidos por el mundo.

Existe *software* que identifica anomalías o riesgos de contratos en acuerdos de compra de empresas, en donde el usuario carga un contrato en la plataforma y este identifica riesgos de manera automática (*software* Kira Systems) o identifica cláusulas problemáticas (*software* Law Geex). Incluso, está acuñado el nuevo concepto *legaltech* para referirse a estas nuevas herramientas que dan soporte al mundo jurídico, siendo muy importantes las innovaciones que se vienen generando, usando inclusive inteligencia artificial.

Veamos un poco más. Una de las primeras innovaciones de plataformas legales fue Kira Systems, un programa creado en el 2011 por el abogado corporativo de New York Noah Weisberg, quien desarrolló este *software* para automatizar el proceso de analizar miles de cláusulas contractuales e informes de fusiones, e identificar los riesgos que puede tener la operación, haciéndolo el programa de manera automática al ingresar los datos. De similar manera, otro *software* de revisión de riesgos de contratos es Law Geex, elaborado por una firma israelí que, como dato anecdótico, en el 2018 organizó una competencia entre su algoritmo y veinte abogados corporativos de Estados Unidos para detectar cláusulas problemáticas, teniendo la máquina una precisión de 94 % en 26 segundos. A los abogados les tomó 92 minutos, con una eficacia del 85 %.

Otro campo del *legaltech* se desarrolla en lo que se conoce como *legal analytics*, que busca predecir el resultado de los casos según el tribunal que lo gestiona, verificando según la estadística analítica de las resoluciones que emite la probabilidad de ganar o perder, lo que se realiza a partir de conocer los resultados de casos similares en el pasado, prediciendo así lo que vendría. En este rubro está Lex Machina, un software de la Universidad de Stanford que en 2006 construyó una base de datos que evaluaba el desempeño de los tribunales y que luego se transformó en LexisNexis, que desarrolla alcances de probabilidades sobre temas de competencia, derecho financiero, comercial, laboral y quiebras.

En el caso de Latinoamérica, existen algunas innovaciones que pueden aplicarse en el caso de los MASC como el *software* Movis elaborado en Chile que convierte la comunicación verbal en lenguaje de señas que puede servir para enlaces virtuales.

En la región se vienen realizando audiencias virtuales en donde abogados, jueces y litigantes desde sus hogares y oficinas interactúan y desarrollan el servicio de justicia, utilizándose soluciones que se aplican para diversas circunstancias. Esto venía funcionando desde algún tiempo en muchos países para el caso de las personas privadas de libertad, realizándose audiencias a distancia desde los centros de reclusión, aportando con ello a mejorar la seguridad evitando los traslados de las personas privadas de libertad a las sedes de los tribunales y ahorrando muchos costos; hoy esta solución se ha expandido fuertemente debido a la pandemia.

Un visionario de las nuevas tendencias de la abogacía y la justicia, el profesor de la Universidad de Oxford, Richard Susskind, revela que la justicia electrónica a distancia ya es una realidad y seguirá imponiéndose en el futuro. El modelo de tribunales en línea —dice Susskind— genera beneficios, el primero es que aumenta el acceso a la justicia, pues hace más asequible y fácil el servicio permitiendo

que muchas más personas puedan llegar. El segundo es que genera ahorros sustanciales en costos, tanto para los litigantes como para el sistema judicial.

Nuestra esperanza desde el principio fue que los tribunales en línea fueran fáciles de usar y que los litigantes autorrepresentados pudieran comprender y hacer cumplir sus derechos sin contratar abogados para que trabajen en su nombre.<sup>17</sup>

En todo el mundo ya opera la teleconferencia para realizar audiencias virtuales. Susskind, por ejemplo, revela en su libro que China, en el 2017, había instalado 20 mil sistemas de videoconferencia en sus tribunales y mucha de esta infraestructura ha sido vital durante la pandemia; incluso en la región, como lo demostró una publicación de Cejaméricas sobre las medidas para facilitar los servicios de justicia durante el estado de emergencia, se ha habilitado el funcionamiento de los tribunales en audiencias virtuales, lo que parecía impensable.<sup>18</sup>

Así, lo que era una prospectiva sobre el futuro de la justicia de la que se hablaba hace pocos años, hoy es una realidad, siendo importante apuntar que la pandemia ha acelerado la virtualización de la justicia, incluidos los MASC. El acceso remoto a las plataformas en los procesos judiciales permite en muchos países que abogados y litigantes puedan revisar el estado de sus procesos, presentar recursos y acudir a audiencias e informes orales para defender sus pretensiones. El desarrollo de *software* judicial se ha acelerado de manera enorme, lo que plantea un proceso de innovación acelerado.

El seguimiento de los avances en materia de tecnologías de la información en los sistemas de justicia no es nuevo y, de hecho, el Cejaméricas viene haciendo desde el 2010 un seguimiento de los servicios judiciales en línea, desarrollando lo que denomina el *Índice de Servicios Judiciales en Línea* (ISJL), en el marco del proyecto «El impacto de las tecnologías de información en el acceso a la información judicial y a la justicia por parte de la ciudadanía», para fomentar el uso y conocimiento de las TIC en el sector justicia.

En materia de los MASC se evidencia el mismo fenómeno de reformas para permitir la posibilidad de llegar a soluciones mediante la comunicación virtual, no existiendo evidencia que sea contraproducente a los propósitos de solucionar conflictos. Por el contrario, debido a la *nueva normalidad*, parece ser una vía necesaria para ofrecer acceso a la justicia a las personas, demostrándose su flexibilidad, versatilidad y eficacia.

Este aspecto, sin embargo, no está pacificado, pues los críticos señalan que la virtualización de los MASC afecta la riqueza de la comunicación que se genera cuando las partes están presentes, donde se pueden detectar las emociones y sentimientos, perdiéndose ello cuando la comunicación es a distancia en un frío e indiferente monitor de computadora. Además, señalan que muchos usuarios no confían en los medios telemáticos y que podrían inhibirse en decir cosas, basado en que pueda violarse la confidencialidad sobre lo que se habla en las sesiones si estas son grabadas, pudiendo afectarse el diálogo abierto, sincero y honesto debido al miedo que lo que se diga en las audiencias sea usado como prueba, posteriormente.

Frente a esto es necesario que protocolos que usan los mecanismos virtuales sean conocidos por las partes en conflicto; además, saber que en el mercado existe *software*, incluso de código abierto, como AffdexMe, que es una aplicación que permite procesar y analizar, en tiempo real, las expresiones faciales, identificando a partir de ellas, emociones básicas como el disgusto, el desprecio, el miedo, la tristeza y la alegría.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> SUSSKIND, Richard. *Online Courts And The Future Of Justice*. Oxford: Oxford University Press., 2019, p. 84.

<sup>18</sup> ARELLANO, Jaime; CORA, Laura y Matías SUCUNZA. *Reporte del estado de la justicia en América Latina bajo el COVID-19. Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales*. Santiago de Chile: Cejaméricas, 2020.

<sup>19</sup> AffdexMe puede ser instalado en un teléfono inteligente, tableta o computadora, funciona a través de la cámara incorporada en el respectivo dispositivo y no requiere conexión a internet. En la pantalla de cada dispositivo se visualiza en tiempo real el informe de métricas que describirá las expresiones faciales y las emociones.

Sobre este punto, otros señalan que más bien la virtualización de audiencias facilita *romper el hielo*, siendo un *enfriador* del conflicto, permitiendo sacar ventaja de la distancia, distendiendo escenarios de tensión y reduciendo la intensidad de la controversia ayudando a «bajar un poquito la temperatura de la conversación, permitiendo que las partes se enfoquen más en lo sustancial y menos en la reacción emocional del otro».<sup>20</sup>

En materia de ODR (*Online Dispute Resolution*) existen ya una serie de soluciones tecnológicas que permiten hablar de un ecosistema para resolver controversias fuera de los tribunales mediante nuevas tecnologías, que si bien inició en conflictos que ocurren en el ciberespacio relacionados al comercio electrónico, luego se han expandido a otro tipo de conflictos y con bastante fuerza desde hace varios años, en controversias de consumo, banca, seguros, salud, construcción. La pandemia ha potenciado los MASC a otros rubros también.<sup>21</sup>

### 3. MASC ONLINE

Los MASC *online* surgen como consecuencia de la necesidad de resolver relaciones conflictivas de bajo monto o naturaleza en la internet, denominándose *Online Dispute Resolution* (ODR), para lo cual fue necesario aplicar conocimientos de los métodos tradicionales adaptados a este nuevo espacio, principalmente, para resolver disputas provenientes del comercio electrónico. En la actualidad, existen en el mundo muchos sitios que ofrecen servicios de resolución de conflictos en línea para distintas necesidades del mercado, estando el 50 % en EE. UU., un 30 % en Europa y casi un 20 % para el área Asia-Pacífico, siendo menor la actividad de Latinoamérica.<sup>22</sup>

La mediación *online* se desarrolló fuertemente al inicio en el ámbito de conflictos en la web, vinculados, por ejemplo, con controversias relativas a la administración del registro de nombres del dominio en internet en los países que gestiona la Assigned Numbers Authority.<sup>23</sup> Otro sector de controversias online se presentó —y sigue estando— en las compras electrónicas, existiendo diversas soluciones como la que ofrece eBay, uno de los portales de ventas más grande del mundo, que tiene un sistema para resolver diferencias que surgen en las transacciones de compra de su página. Elisavetsky refiere que dicha empresa manejó del 2015 al 2020 más de un millón y medio de casos.<sup>24</sup>

Esta dinámica se ha trasladado a otro tipo de conflictos que se enfatiza en la conflictividad de consumo, en donde el más común es el que se produce en el llamado B2C (*business to consumer*), en conflictos sobre relaciones de consumo de diferentes envergaduras, siendo muy comunes las que se dan en operaciones de menor tamaño, que puede entenderse como una suerte de servicio al consumidor. Pero no es la única relación que puede darse, pues también están las relaciones B2B (*business to business*), que marcan interacciones entre empresas, generalmente de tipo financiero o grandes industrias que negocian a gran escala mediante internet.

En general, la lista de disputas que se resuelven vía internet en distintos lugares del mundo, además de lo ya explicado sobre el uso de dominios de internet y consumo, se centra en aspectos

<sup>20</sup> BROKS, Bennet y Patrick FIELD. *Caminar por la cuerda floja: mediación online de casos conflictivos*. 2020. Recuperado de <<https://www.cbi.org/es/caso-de-estudio/caminar-por-la-cuerda-floja-mediacion-online-de-casos-conflictivos>>.

<sup>21</sup> TELECOM ADVISORY SERVICES LLC; KATZ, Raúl; JUNG, Juan y Fernando CAMLORDA. *El estado de la digitalización de América Latina frente a la pandemia del COVID-19*. Observatorio CAF del Ecosistema Digital. Abril de 2020. Corporación Andina de Fomento, p. 18. Recuperado de <<http://www.teleadvs.com/wp-content/uploads/Estado-de-la-digitalizacion-C3%B3n-en-Am%C3%A9rica-Latina-frente-a-la-pandemia-COVID-19-Raul-Katz.pdf>>.

<sup>22</sup> ELISAVETSKY, Alberto. *La mediación a la luz de las nuevas tecnologías: un recorrido multigeográfico por los orígenes y presente del desarrollo de la resolución de conflictos y el impacto tecnológico*. Edición de Kindle. Buenos Aires: Errepar, 2020, p. 57.

<sup>23</sup> ARANCIBIA MEDINA, Luis; POBLETE, Patricio V.; URZÚA REINOSO, José y Margarita VALDÉS CORTÉS. «El arbitraje en línea en la resolución de controversias por nombres de dominio punto cl». En *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2016, n.º 2, vol. 5, pp. 153-172. Recuperado de <<https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/El-arbitraje-en-linea-en-la-resolucion-de-controversias-por-nombres-de-dominio-punto-cl.pdf>>.

<sup>24</sup> ELISAVETSKY, Alberto. *La mediación a la luz de las nuevas tecnologías: un recorrido multigeográfico por los orígenes y presente del desarrollo de la resolución de conflictos y el impacto tecnológico*. Op. cit., p. 58.

como propiedad intelectual, conflictos en la industria de la construcción, reclamaciones de contribuyentes al Estado, reclamos a compañías de seguros, disputas laborales, conflictos de pacientes con instituciones de salud, entre los más recurrentes.<sup>25</sup>

En estos conflictos también se utiliza el *arbitraje online*, en donde cerca de un 80 % de los casos corresponden a conflictos B2B, mientras que solo un 20 % de ellos se refieren a conflictos B2C. Un 90 % de los proveedores de este servicio utilizan el idioma inglés y el resto, principalmente, los idiomas francés o alemán.<sup>26</sup>

Es importante subrayar que los MASC *online* pueden desarrollarse de dos formas, de forma sincrónica cuando se efectúa al mismo tiempo, es decir, en línea, y asincrónica en donde no se está en el mismo espacio temporal, sino que consta de comunicaciones intermitentes, como cuando se usa el correo electrónico. Otros señalan que puede ser mixta, es decir, de forma presencial o de forma electrónica en *salas virtuales*, e incluso de forma sincrónica y asincrónica.

Obviamente, en la modalidad virtual se requiere también contar con personas capaces y capacitadas —conciliadores, mediadores y árbitros—, así como plataformas eficaces para lograr una comunicación adecuada entre las partes, garantizándose la confidencialidad y generándose confianza en la comunicación, la misma que debe ser rápida y económica. Precisamos que también puede existir la *negociación online*, en donde las partes pueden estar en una plataforma totalmente automatizada o puramente robotizada, en donde sincrónica o asincrónicamente dialogan para llegar a un acuerdo, utilizándose algoritmos y no un mediador.

Los procesos de mediación *online* comienzan con el registro del usuario en un portal, debiéndose llenar datos y describir en un formulario electrónico el conflicto o disputa que tiene, identificando a la contraparte. La plataforma debe garantizar confidencialidad y preservación de los datos personales, enviándose esta información por correo electrónico a quien una persona capaz de ser el representante autorizado para actuar en nombre del usuario en el procedimiento, quien deberá aceptar el inicio de la negociación o la competencia de mediación.

Hay que tener en cuenta que la mediación, por naturaleza implica, actuaciones de carácter flexible donde la oralidad y la inmediatez juegan un papel predominante para hacer de este un mecanismo ágil que facilite el diálogo conducente a la autocomposición mediante las tecnologías digitales que hoy son parte de los centros de mediación y conciliación, no solo para proveer información sobre sus servicios (teléfonos celulares, registro de mediadores y conciliadores, logística) que se ofrece desde los portales institucionales, sino para realizar las audiencias en salas virtuales, con mecanismos y procedimientos adaptados a estas circunstancias.

Las plataformas para desarrollar los MASC *online* se deben basar en la confianza, lo que implica un buen funcionamiento de los dispositivos, requiriéndose que estos sean amigables y fáciles de acceder y administrar, garantizando confidencialidad y privacidad en el tratamiento de los datos y documentos electrónicos, así como en lo que se pueda discutir a su interior para que no pueda ser usado en su contra. Obviamente, requiere de profesionales capacitados y entrenados, que generen empatía y que, en la virtualidad, pueda entenderse incluso los gestos faciales y emociones que se transmiten mediante la imagen, así como usar las técnicas que se utilizan a través de las preguntas que aseguren la gestión de la situación conflictiva.

Es clave que el mediador asegure, desde el inicio, que los usuarios conozcan la plataforma y tengan dispositivos idóneos para acceder a la misma, considerando que deberán tener claves de acceso para garantizar la confidencialidad, siendo que en la plataforma se podrá tener acceso no solo a la comunicación, sino a documentos. Esto implica que el *software* debe ser de fácil acceso y manejo para

---

<sup>25</sup> *Idem, loc. cit.*

<sup>26</sup> *Idem, pp. 58-59.*

los usuarios, debiendo ser seguro en cuanto a su confidencialidad; además, la plataforma debe determinar fácilmente los roles de cada participante y los permisos para las autorizaciones que se necesitan usar (control, archivo y resguardo de documentos, sistema de firma digital, los acuerdos y laudos, en su caso).

Un documento relevante a tener en cuenta para encuadrar los estándares de la mediación electrónica en materia de consumo se encuentra en la Directiva U.E. 11/2013 y el Reglamento U.E. 524/13, que indica los principios que se deben seguir:

- *Transparencia*: el mediador pondrá toda la información disponible a disposición del público a fin de que puedan decidir con toda libertad utilizar el sistema o no, detallando el sistema de forma sencilla y clara, para que pueda ser fácilmente comprendido (artículo 7).
- *Eficacia*: la eficacia de los procesos debe garantizarse, mediante el fácil acceso, el bajo costo (artículo 8).
- *Celeridad*: procedimientos rápidos y ágiles, con notificación inmediata del reclamo (artículo 8).
- *Libertad*: las partes tendrán la libertad de continuar o no en el proceso, pudiendo en cualquier momento apartarse para concurrir a los órganos jurisdiccionales si así lo considera necesario (artículo 10).
- *Voluntariedad*: la decisión no tendrá carácter vinculante salvo que esto se haya informado y aceptado específicamente por escrito (artículo 10.2).
- *Equidad*: se deben respetar los principios básicos del procedimiento: que son contradicción, igualdad, y confidencialidad (artículo 9).
- *Legalidad*: indica que deben respetarse las normas imperativas sobre la protección de los consumidores (artículo 11).

Como hemos afirmado, la digitalización de los MASC ha tenido un aumento explosivo en tiempos de pandemia, en los que el distanciamiento físico ha sido la regla, pero consideramos que los nuevos mecanismos en el nuevo formato *online* no son solo para la coyuntura sanitaria, sino que, en realidad, han venido para quedarse. La pandemia aceleró la llegada de esta nueva modalidad e hizo que la presencialidad pase de ser la regla a convertirse en la excepción, generando un impulso extraordinario hacia la virtualidad. Sin duda, creemos que al final quedará un modelo mixto que dará a las partes la decisión de la modalidad en la que quieran participar.

#### 4. NOTA FINAL SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL ACCESO A INTERNET

En América, el acceso de hogares a internet ha tenido un crecimiento explosivo en las últimas dos décadas ubicándose en la actualidad en promedio en un 88,3 % lo que si bien es una cifra alentadora, está aún a medio camino de un acceso universal que sería lo óptimo y, más bien, la lectura debería ser que existe un 12 % de hogares marginados de este servicio; además, se puede apreciar que algunos países deben hacer mayores esfuerzos como los casos de Honduras, El Salvador, Bolivia y Perú, que se encuentran retrasados en relación a sus pares (ver tabla n.º 1).

**Tabla n.º 1**  
**Penetración de Internet en hogares, 2020**

| <b>País</b>               | <b>%</b> |
|---------------------------|----------|
| Argentina                 | 85,24    |
| Barbados                  | 88,77    |
| Bolivia                   | 58,34    |
| Brasil                    | 89,80    |
| Chile                     | 82,33    |
| Colombia                  | 76,47    |
| Costa Rica                | 79,79    |
| República Dominicana      | 90,54    |
| Ecuador                   | 68,09    |
| El Salvador               | 45,02    |
| Guatemala                 | 86,52    |
| Honduras                  | 39,33    |
| Jamaica                   | 73,30    |
| México                    | 69,79    |
| Panamá                    | 71,20    |
| Paraguay                  | 73,60    |
| Perú                      | 61,08    |
| Trinidad & Tobago         | 90,79    |
| Uruguay                   | 74,24    |
| Venezuela                 | 95,83    |
| América Latina (promedio) | 78,78    |
| OCDE (promedio)           | 88,33    |

Fuente: Unión Internacional de Telecomunicaciones; análisis Telecom Advisory Services.<sup>27</sup>

Además, téngase en cuenta la situación del ámbito rural en donde las brechas son más grandes y, además, se encuentra el problema de acceso a dispositivos o equipos de cómputo desde el hogar. Sobre el particular, el estudio de World Telecommunication citado por la CAF revela que la tenencia de computadoras en América Latina alcanza solo el 44,89 % de hogares, una cifra muy baja.<sup>28</sup>

Pero más allá de las posibilidades de acceso a internet o de dispositivos ubicados en los hogares, es preciso considerar si la tecnología de por sí es una barrera de acceso. En 2019, en el marco de una consultoría que realizamos en materia de acceso a la justicia con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile, tuvimos una entrevista con una dirigente indígena mapuche, quien comentó problemas de marginación debido a la tendencia digital de los servicios públicos en el país, refiriendo que el Gobierno había instalado un sistema de matrícula escolar en línea mediante el cual los padres de familia podían inscribir a sus menores hijos a través del portal del Ministerio de Educación; sin embargo, la población tuvo problemas, pues no todas las personas tenían acceso a internet y menos a dispositivos de cómputo, revelando que un grupo importante de personas indígenas solamente usaban teléfonos para acceder a internet, no teniendo la plataforma de matrícula opción para ser instalada en aplicativos para *smartphones*, lo que generaba una exclusión de un proceso que debía implicar un mayor acceso y facilidad para las personas.

Este es un ejemplo de cómo la tecnología puede ser una barrera si previamente no entendemos cómo está configurada la plataforma de acceso y cómo opera la demanda de justicia para brindar soluciones a quienes no están alfabetizados digitalmente. No es un asunto menor y requiere la máxima consideración para que los ODR no se conviertan en una causa de exclusión o barrera de acceso a la justicia.

<sup>27</sup> TELECOM ADVISORY SERVICES LLC; KATZ, Raúl; JUNG, Juan y Fernando CALLORDA. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

## 5. PERÚ: MEDIOS ALTERNATIVOS DIGITALES

Perú tiene una escasa penetración de internet en hogares, pues apenas alcanza el 61 %, <sup>29</sup> uno de los más bajos en Latinoamérica, por lo que repensar los medios alternativos en la vía digital debe considerarse que efectivamente la digitalización no sea una verdadera barrera para millones de peruanos.

Aun no se cuenta con un expediente digital, como sucede en muchos países, habiendo empezado el 2020 la instalación de dos grandes proyectos con apoyo del Banco Mundial y el BID, que permitirá desarrollar la digitalización de la justicia en los próximos años.

La Ley de Conciliación no permitía virtualizar el procedimiento conciliatorio, el cual debía ser necesariamente presencial. El artículo 10 de la Ley n.º 26872 señalaba que la audiencia de conciliación es única y se realizará en el local del centro de conciliación extrajudicial autorizado, en presencia del conciliador y de las partes. Esto impedía que pueda realizarse de modo virtual, por lo que durante el periodo de emergencia sanitaria por la pandemia se suspendió la posibilidad de conciliación prejudicial, acumulándose miles de causas durante un año.

Recién por Ley n.º 31165, de abril de 2021, se reformó dicha norma señalándose que «La audiencia de conciliación también puede realizarse a través de medios electrónicos u otros de naturaleza similar que garanticen la identificación y la comunicación de las partes». Fue una reforma bastante tardía, pero que permite ahora que este servicio pueda realizarse de modo virtual.

En cuanto al arbitraje, aunque la ley peruana no regula el uso de medios virtuales más allá de remitir notificaciones mediante correos electrónicos, consagra en su artículo 31 la libertad de organización de las actuaciones, por lo que la flexibilidad para determinar las reglas arbitrales permite que se puedan definir mecanismos tecnológicos como realizar las conferencias o audiencias entre el tribunal arbitral y las partes.

El reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL) ya permitía que los testigos y peritos puedan declarar y ser interrogados por medios distintos a la audiencia física. Por su lado, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad de Católica del Perú (CARC-PUCP) contempla, en la tercera disposición complementaria y final de su reglamento de arbitraje, que las audiencias podrían llevarse a cabo de forma virtual. La pandemia ha llevado a expandir estos mecanismos.

La Cámara de Comercio de Lima, en abril de 2020, emitió la Nota Práctica n.º 1/2020<sup>30</sup> en la que consignó los lineamientos que deberán ser aplicados por los tribunales arbitrales, salvo que afecten la defensa de las partes, sean inviables o existan buenas razones para no aplicarlas en un caso concreto. Así, planteó que las solicitudes de arbitraje se presentan al centro de arbitraje exclusivamente a través de la plataforma virtual de mesa de partes.<sup>31</sup>

Se recomendó a los tribunales arbitrales a proceder con la fijación de reglas para el arbitraje considerando que será un proceso virtual para las notificaciones e interacción del tribunal arbitral. Señalan que mientras existan restricciones a las reuniones debido a la pandemia, y hasta el momento en que el consejo lo determine, las conferencias, audiencias y reuniones entre las partes y el tribunal arbitral deben ser no presenciales, usando para tales efectos plataformas virtuales, videoconferencias, teleconferencias o cualquier otro medio de comunicación que el Centro pone a disposición, coordinando para tal efecto con la Secretaría Arbitral.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Ver nota práctica en <<https://www.arbitrajecl.com.pe/wp-content/uploads/2020/04/Nota-practica-N-1-2020.pdf>>.

<sup>31</sup> Ver plataforma en <<https://www.arbitrajecl.com.pe/AOLInitial>>.

Por su lado, la Cámara de Comercio Americana del Perú publicó una guía de arbitrajes virtuales en la que se dispuso la modificación y adaptación de distintos artículos de su reglamento de arbitraje, básicamente en aspectos como la notificación y comunicación virtual, la habilitación de la presentación de solicitudes de arbitraje por correo electrónico, la adaptación de las reglas de los arbitrajes ya constituidos a medios virtuales y la realización de audiencias virtuales.<sup>32</sup>

Todo esto nos revela que estamos en un escenario distinto y que los MASC *online* son realmente una alternativa, siendo necesario que los hacedores de política pública puedan regular mejor estos nuevos mecanismos, permitiendo que, finalmente, sean los propios usuarios quienes definan lo que realmente se acomoda a sus necesidades y expectativas. Creemos también recomendable realizar un estudio que permita conocer la experiencia que ha significado todo este tiempo y perfeccionar las prácticas existentes, así como conocer qué tan preparado están los conciliadores extrajudiciales —los ciberconciliadores— y los árbitros para la prestación de sus servicios bajo esta modalidad.

## 6. REFERENCIAS

ARANCIBIA MEDINA, Luis; POBLETE, Patricio V.; URZÚA REINOSO, José y Margarita VALDÉS CORTÉS. «El arbitraje en línea en la resolución de controversias por nombres de dominio punto cl». En *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 2016, n.º 2, vol. 5, pp. 153-172. Recuperado de <<https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/El-arbitraje-en-linea-en-la-resolucion-de-controversias-por-nombres-de-dominio-punto-cl.pdf>>.

ARELLANO, Jaime; CORA, Laura y Matías SUCUNZA. *Reporte del estado de la justicia en América Latina bajo el COVID-19. Medidas generales adoptadas y uso de TICs en procesos judiciales*. Santiago de Chile: Cejaméricas, 2020.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Conectividad rural en América Latina y el Caribe: un puente al desarrollo sostenible en tiempos de pandemia*. 2020. Recuperado de <<https://repositorio.iica.int/handle/11324/12896>>.

BROKS, Bennet y Patrick FIELD. *Caminar por la cuerda floja: mediación online de casos conflictivos*. 2020. Recuperado de <<https://www.cbi.org/es/caso-de-estudio/caminar-por-la-cuerda-floja-mediacion-online-de-casos-conflictivos>>.

ELISAVETSKY, Alberto. *La mediación a la luz de las nuevas tecnologías: un recorrido multigeográfico por los orígenes y presente del desarrollo de la resolución de conflictos y el impacto tecnológico*. Edición de Kindle. Buenos Aires: Errepar, 2020.

ELISAVETSKY, Alberto. «Más de una década para una profecía autocumplida». En ALMIRÓN, Daniela Patricia y Gabriel TUBIO (coordinadores). *Mediación en el mundo. Reinención en tiempos de pandemia. La adecuación circular de la gestión de en mediación y relatos de casos*. Buenos Aires: FEN, 2021.

ELISAVETSKY, Alberto. *Resolviendo conflictos en la era de la inteligencia artificial: Online Dispute Resolution Journal Latinoamérica*. Buenos Aires: Alberto Elisavetsky, 2020. Recuperado de <<http://odrlatinoamerica.com/wp-content/uploads/ODRjournalLATAM-0.pdf>>.

FANDIÑO, Marco. «Recomendaciones para la implementación de mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia». En *Sistema Judiciales. Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA*, 2017, n.º 20, año 16. Recuperado de <<https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-20-web-14-marzo-2017.pdf>>.

<sup>32</sup> Ver <<https://amcham.org.pe/>>.



Fisher, Roger; Ury, William y Bruce Patton. *Getting to yes. Negotiating Agreement without giving in*. New York: Peguin Book, 2012.

GfK. *Informe final. Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a Justicia. Estudio desarrollado por GfK Adimark Chile para el Ministerio de Justicia del Gobierno de Chile*. Julio de 2015. Recuperado de <[https://biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/653/Inf.%20Final\\_Est.%20Encuesta%20Nac.%20Necesidades%20Jur%C3%ADdicas%20y%20Acceso%20a%20Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/653/Inf.%20Final_Est.%20Encuesta%20Nac.%20Necesidades%20Jur%C3%ADdicas%20y%20Acceso%20a%20Justicia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>.

ORTEGA HERNÁNDEZ, Rolando Joaquín. *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos*. Barcelona: Bosch., 2019.

SUSSKIND, Richard. *Online Courts And The Future Of Justice*. Oxford: Oxford University Press., 2019.

TELECOM ADVISORY SERVICES LLC; KATZ, Raúl; JUNG, Juan y Fernando CALLORDA. *El estado de la digitalización de América Latina frente a la pandemia del COVID-19. Observatorio CAF del Ecosistema Digital. Abril de 2020*. Corporación Andina de Fomento, p. 18. Recuperado de <<http://www.teleadvs.com/wp-content/uploads/Estado-de-la-digitalizaci%C3%B3n-en-Am%C3%A9rica-Latina-frente-a-la-pandemia-COVID-19-Raul-Katz.pdf>>.



# DE UTOPIÁS O DISTOPÍAS: ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

*Derik Latorre Boza\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Contratación pública: relevancia económica.— 2.1. Gestión pública y contrataciones.— 2.2. Modificación incesante de la normativa: ¿orden o caos?.— 3. El arbitraje en contratación pública en el Perú.— 4. ¿Es el arbitraje en contratación pública un arbitraje especial o una «competencia arbitral especializada»?.— 5. Similitudes y diferencias entre el arbitraje en contratación pública y la vía judicial de solución de controversias. ¿Cuáles son las ventajas comparativas del arbitraje?.— 6. Similitudes y diferencias entre el arbitraje en contratación pública y el arbitraje relativo a inversiones extranjeras: ¿lecciones por aprender?.— 7. Regulación del arbitraje en contratación pública: modificaciones permanentes y mayores restricciones, ¿una solución adecuada a los problemas que se presentan?.— 8. ¿Por qué tantas controversias en materia de contratación pública? ¿Será el arbitraje parte de esos problemas? ¿Hay un uso excesivo del arbitraje?.— 9. Problemas del arbitraje en contratación pública en su aplicación práctica.— 9.1. Instituciones arbitrales.— 9.2. Árbitros: nóminas y Registro Nacional.— 9.3. Indevida actuación de árbitros.— 9.4. Falta de especialidad de los árbitros.— 9.5. Falta de transparencia y predictibilidad.— 9.6. Falta de celeridad.— 9.7. Deficiente defensa del Estado.— 9.8. «Administrativización» del arbitraje.— 9.9. Plazos de caducidad.— 9.10. Exclusión de materias.— 9.11. Conducta procesal indebida.— 10. La anulación de laudos arbitrales: ¿se recurre excesivamente a este recurso?.— 11. Resultados en los diferentes arbitrajes entre proveedores y entidades estatales.— 12. Balance sobre el arbitraje en la contratación pública en el Perú.— 13. Futuro y perspectivas del arbitraje en contratación pública.— 14. Conclusiones.— 15. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

«¿Quién se resigna a buscar pruebas de algo no creído por él o cuya prédica no le importa?».

*Jorge Luis Borges*

Ha corrido mucha agua debajo de los puentes en el Perú y el tiempo discurre ineluctable. La Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE), fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 3 de agosto de 1997 (hace veinticinco años) y su Reglamento (RLCAE), aprobado por Decreto Supremo n.º 039-98-PCM, se publicó el 28 de septiembre de 1998. De ese modo, la LCAE y el RLCAE entraron en vigencia el día 29 de septiembre de 1998. Por tanto, el 29 de septiembre de 2022 se cumplirán veinticuatro años de su entrada en vigencia. La LCAE creó el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode), unificó en una sola norma los dispersos regímenes de contratación estatal para el aprovisionamiento de bienes, servicios, consultorías y obras, y, además, de manera ciertamente audaz y hasta revolucionaria, introdujo el arbitraje como medio de solución de controversias en la contratación pública, específicamente en los casos de contratos derivados de los procedimientos de selección mayores (licitación pública y concurso público).

---

\* Abogado egresado y titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Derecho de la Contratación Pública por la Universidad de Castilla-La Mancha y egresado de la Maestría en Ciencia Política por la PUCP. Es socio Juárez & Hospinal S. C. R. L.

Con la Ley n.º 27330, publicada el 26 de julio de 2000, el ámbito objetivo de aplicación del arbitraje se amplió hacia los contratos derivados de procedimientos de selección menores, constituyéndose de ese modo en el medio de solución de controversias universal y omnipresente en la contratación pública. En un sentido contrario al de las normas anteriores, mediante Ley n.º 28267, publicada el 3 de julio de 2004, se estableció que la conciliación y el arbitraje no resultarían de aplicación «a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General ejerce el control previo y serán resueltas por esta de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor de Control para el efecto». De ese modo, se empezó a generar ciertos agujeros negros en los que no existe plena claridad de la forma en que se resuelven las controversias, la que sería más bien de naturaleza administrativa y, eventualmente, en la vía judicial contencioso administrativo. Con la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), Ley n.º 30225, esta exclusión de materias arbitrables se hizo mucho más enfática, pues se incluyó, de manera expresa, el enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra controversia que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, precisándose que eran materias de competencia del Poder Judicial.

Aunque no es posible obviar la naturaleza autocrática del régimen durante el cual se aprobaron estas normas, debe destacarse que dicha decisión política fue recibida con mucho entusiasmo en sectores empresariales y en algunos sectores profesionales que aplaudieron esos vientos de libertad. En el sector público se generó mucho escepticismo, ora por desconocimiento, ora por una cierta desconfianza por someter cuestiones de derecho público a decisiones de «privados». Personalmente, fui un entusiasta de la incorporación del arbitraje en la contratación pública, aunque, a partir de una mirada publicista del arbitraje, atenta contra las demandas de modernización y relegitimación del Estado. Es más, en una de mis primeras publicaciones sobre la materia afirmé categóricamente que una de las muestras más importantes de la liberalización radical de nuestra sociedad fue la decisión de incorporar en la LCAE y el RLCAE «la conciliación extrajudicial y el arbitraje como mecanismos de solución de controversias. En tal sentido, podemos señalar que “la introducción del arbitraje en el derecho administrativo, así como otras figuras de corte convencional o negocial, inaugura un nuevo sistema de relaciones entre las administraciones públicas y los ciudadanos [...], en un intento de legitimación democrática de la actividad administrativa en detrimento de la actividad imperativa clásica”. Y es que la concepción de un Estado paternalista, centralizado y autoritario cede frente a la necesidad de legitimar un Estado promotor, descentralizado y democrático». Corrían los años 2000, en el Perú se había recuperado la democracia y se tenía la convicción de que esta se profundizaría, lo que implicaba que el Estado volviera a legitimarse ante los ciudadanos, inclusive recurriendo a prácticas asociadas normalmente con lo «privado». Con ese entusiasmo, afirmé en aquel artículo breve que: «El reto que se ha planteado desde el derecho público, incorporando estos mecanismos alternativos de solución de controversias abre un abanico de posibilidades, una de las cuales es que aporten en la consecución por parte del Estado de los servicios, bienes y obras que requiere para su funcionamiento, a costos razonables y en forma oportuna y, por parte de los administrados (contratistas), garantizar el trato justo y la reducción drástica de la arbitrariedad en la solución de las controversias» (Latorre, 2002). Vistas las cosas en retrospectiva, desde el presente, ¿se justifica ese mi optimismo aún juvenil?

Sin lugar a dudas, estos veinticuatro años han significado la difusión —e incluso la popularización— del arbitraje como medio de solución de controversias en el Perú, tanto en el plano operativo como en el académico, además de que se ha dado un fuerte impulso a su desarrollo, el que no se encuentra exento de complejos problemas. Antes de 1998, el arbitraje se encontraba reducido a un número muy pequeño de casos, de usuarios y operadores, se trataba de un ámbito residual del quehacer jurídico que creció exponencialmente gracias a su incorporación en la contratación pública. En palabras de Kundmüller: «en estos últimos veinte años el Estado peruano ha pasado a ser un actor principal en materia arbitral, promoviendo el uso y la práctica del arbitraje en diversos ámbitos, tanto en los casos en los que el Estado adquiere bienes o derechos, como en los casos en los que el Estado dispone de dichos bienes o derechos, democratizando así la solución de controversias», aunque, desde su experiencia, precisa que cuando se decidió «la aplicación del arbitraje como medio de solución de controversias, en la etapa de ejecución de los contratos de abastecimiento de bienes, servicios y obras,

a fines de los años noventa, ya la praxis arbitral peruana se encontraba en plena marcha en el país y constituía una institución jurídica “visible y reconocible”, dando lugar y generando incentivos positivos para analizar su posible aplicación a diversos ámbitos de la actividad económica del país, en el sector privado y también en el público, bajo el ámbito del principio de la autonomía de la voluntad, pero también bajo el de legalidad».

En este contexto, es hora de efectuar un balance histórico del arbitraje en la contratación pública, que nos permita, además, tratar de avizorar su futuro, se trate de una utopía o, incluso, de una distopía. De ese modo, se puede postular que la introducción del arbitraje en el ámbito de las contrataciones del Estado fue una decisión audaz y de mucha relevancia para la solución efectiva de controversias y debe evaluarse críticamente, pero con serenidad y sin pretender, sin data que lo sustente de manera clara, por un lado, una defensa miope y cuasi religiosa del arbitraje o, por el otro lado, concluyendo de manera automática que la solución administrativa y judicial de estas controversias habría sido mejor. A pesar de sus múltiples problemas, incluso la falta de celeridad prometida, el arbitraje sigue durando menos que un proceso judicial y a lo largo de estos años se ha ido desarrollando, operativa y académicamente, una especialidad con la intersección de la contratación pública y el arbitraje.

Es cierto que el arbitraje también fue perforado dramáticamente por la corrupción, y eso seguramente en mucho por falta de controles adecuados, que no es lo mismo que decir excesivos, frente a lo cual algunos especialistas optaron por la estrategia del avestruz. Una investigación de IDL Reporteros concluyó el 2016 que «el arbitraje, terminó siendo un sifón a través del cual la transnacional brasileña sacó decenas de millones de dólares más a un Estado inerte, incompetente o cómplice» (Moreno y Cabral, 2016). ¿Qué podemos decir quienes creemos que el arbitraje es un medio idóneo de solución de controversias sobre este particular? ¿Basta con hacer una defensa ciega, casi como la de los feligreses de una religión cualquiera?

El balance, propongo, debe hacerse desde la mirada crítica de los expertos en arbitraje y en contratación pública, cuyas miradas —y hasta caminos— coinciden a veces, aunque otras sean opuestas y hasta antagónicas. Por ello, el presente artículo se elabora a partir de las opiniones de esos expertos desde las diferentes perspectivas desde las que observan este fenómeno. Entonces, la metodología principal para el desarrollo del presente ensayo es la de las entrevistas que realicé —vía correo electrónico— en el contexto de los veintitrés años de vigencia de la normativa durante el año 2021, remitiendo a los entrevistados un cuadro con alrededor de diez preguntas, las mismas que podían ser respondidas con total libertad y con la amplitud que el entrevistado deseara. Luego de obtener estas primeras respuestas, se hizo en la mayoría de casos unas pocas repreguntas, las mismas que fueron absueltas por casi todos los entrevistados. Las respuestas dadas a las preguntas formuladas permiten apreciar las diferentes miradas sobre un mismo fenómeno y, a partir de esa diversidad de perspectivas, busco primero la confrontación de esas ideas, pero tratando de identificar líneas maestras comunes. Finalmente, planteo mi propio punto de vista. En el presente trabajo se recogen numerosas citas de esas entrevistas, sin hacer más alusión que al apellido del entrevistado; sin embargo, al final del presente documento se hace la relación de los profesionales que gentilmente accedieron a darme esa entrevista.

Como debilidades, y pese a que lo intenté por diversos medios, debo indicar que me fueron esquivas las entrevistas a tres funcionarios públicos que creía muy importantes para el presente artículo. Es el caso, primero, de la entonces presidenta del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), quien se excusó a través de su jefa de Comunicaciones, aunque gentilmente me ofreció proporcionarme la «información de carácter público» que dicha institución posee (y publica en su página web). En segundo lugar, no pude acceder tampoco al Contralor General de la República, pese a que inicialmente se me comunicó que habría aceptado dar la entrevista. Finalmente, no obtuve respuesta alguna del entonces Procurador General del Estado, cuya opinión hubiera sido central en estos temas. Asimismo, pese a haberlo solicitado, no logré la entrevista con el presidente del Consejo Superior de Arbitraje ni con la secretaria general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Finalmente, ha sido ineludible recurrir a literatura especializada en algunos puntos, pues resulta indispensable para un mejor planteamiento de los temas. Además, he tomado como base diversos artículos en mi blog, escritos desde el año 2009.

Se ha organizado el presente ensayo en doce acápite diferentes, aunque plenamente vinculados unos con otros, en los que efectúo el análisis correspondiente, siempre a partir de las respuestas brindadas por los entrevistados. Por último, presento un conjunto de conclusiones en las que pretendo sintetizar las opiniones de los expertos, al menos aquellas cuya relevancia me parece mayor.

## 2. CONTRATACIÓN PÚBLICA: RELEVANCIA ECONÓMICA

La contratación pública es percibida a nivel internacional como un ámbito económico de gran importancia, atendiendo a la relevancia que reviste el rol del Estado como megacorporación en la contratación de bienes, servicios y obras. Debe tomarse en cuenta la gran importancia económica y social de la contratación pública en prácticamente todas las sociedades del mundo contemporáneo. Así, por ejemplo, en los países que forman parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el promedio del gasto en contratación pública alcanzaría el 12 % del Producto Interno Bruto.<sup>1</sup> Por su parte, en el caso de los países que conforman la Unión Europea, «los organismos públicos gastan alrededor del 14 % del PIB en contratación pública, lo que equivale a más de 1,9 billones EUR», sin incluir el gasto de las empresas de servicios públicos, pues en ese caso el porcentaje se elevaría hasta el 19 %, aproximadamente (Comisión Europea, 2017). En el caso del Perú, para el año 2021, el PBI según el Ministerio de Economía y Finanzas<sup>2</sup> habría ascendido a la suma de S/ 549 000 000 000,00, mientras que las entidades que conforman el sector público habrían adjudicado, en un total de 48 985 procedimientos de selección, contratos por una suma total de S/ 49 885 000,00.<sup>3</sup> Por tanto, la incidencia del gasto en contratación pública habría sido del 9,09 % del PBI, debiendo precisar que en el caso peruano ese porcentaje solamente incluye las contrataciones sujetas a la normativa de contrataciones del Estado, mientras que en el caso europeo, por referir un ejemplo, la normativa de contratación pública tiene un carácter unitario e incluye, entre otros, los contratos de suministro, de servicios, de obras, de concesiones, contratos de colaboración público privada, entre otros, que en nuestro caso aún están regulados por una diversidad de normas que dieron lugar a diversos regímenes y subregímenes de contratación, dispuestos además. La relevancia de la contratación pública la sintetiza Arteaga al proclamar que «es una herramienta excepcional para alcanzar cualquier objetivo o meta colectiva, ya sea institucional, regional o nacional; anual, multianual, del bicentenario o del milenio», aunque también plantea la cruda realidad de sus problemas en cifras: «Por corrupción y otras desviaciones e irregularidades se pierde mucho (entre el 10 y 15 % del gasto público); sin embargo, por ineficiencia y compras defectuosas e innecesarias se pierde más del doble (entre el 35 y 40 %)».

En una breve digresión, cabe resaltar que Salazar afirma que la importancia de la LCAE «radica en que integró, en un solo régimen normativo, las disposiciones sobre contratación de bienes, servicios y obras, que, previamente, estaban contenidas en cerca de veinticinco regímenes distintos. En tal sentido, constituyó un aporte de especial relevancia para racionalizar nuestro régimen de contratación pública. La coyuntura es la de las postrimerías del gobierno de Alberto Fujimori y, en materia de ordenamiento de la gestión pública, la Presidencia del Consejo de Ministros lideraba la emisión de un conjunto de normas sobre modernización de la gestión pública, dentro de ellas la de unificación de los regímenes contractuales del Estado. Sin embargo, algunos regímenes especiales mantuvieron su presencia». ¿Historia pendular? Parece que sí, pues hoy uno de los problemas más importantes es la existencia de muchos regímenes y subregímenes de contratación.

<sup>1</sup> Cfr. <<https://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/>>.

<sup>2</sup> Cfr. <[https://www.mef.gob.pe/es/?option=com\\_content&language=es-ES&Itemid=101108&view=article&catid=100&id=7270&lang=es-ES](https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101108&view=article&catid=100&id=7270&lang=es-ES)>.

<sup>3</sup> Cfr.

<<https://bi.seace.gob.pe/pentaho/api/repos/%3Apublic%3Aportal%3Adatosabiertosadjudicaciones.html/content?userid=public&password=key>>.

La relevancia de la contratación pública es tal que hoy se habla, incluso, de una tendencia internacional hacia la construcción de un derecho común de la contratación pública o incluso de un derecho global de la contratación pública. De ese modo, hay que entender que, «A pesar de sus peculiaridades con respecto a los sistemas administrativos nacionales, resulta muy difícil cuestionar en nuestros días la existencia de un derecho administrativo global, así como el trascendente impacto del mismo en los ordenamientos administrativos nacionales». Esta realidad hoy resulta innegable y la tenemos frente a nosotros permanentemente. «Uno de los ámbitos que mejor refleja en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este derecho administrativo global es, sin duda alguna, el de la contratación pública. Hasta tal punto ha llegado esta evolución que se puede concluir con firmeza que es un sector paradigmático en la consolidación del derecho administrativo global» (Moreno, 2011, p. 1). Y un ejemplo de esta tendencia a la globalización lo constituyen los capítulos de compras públicas en los diferentes acuerdos internacionales suscritos por el Perú.

### 2.1. *Gestión pública y contrataciones*

Los Estados modernos en general se desarrollaron teniendo la burocracia (según el concepto planteado por Max Weber) como el instrumento más eficiente de dominación. Es así que, conforme a dicho pensador, la burocracia favorece los intereses del sistema económico establecido en el Estado.

Ahora bien, la burocracia fue haciéndose indispensable no solo por el crecimiento cuantitativo del Estado, sino fundamentalmente porque las sociedades se hicieron paulatinamente más complejas y esa complejidad requirió de personas más preparadas para atender esas necesidades. Hay que tener en cuenta, entonces, que «lo que incita a la burocratización es, todavía más que la dilatación extensiva y cuantitativa [del Estado], la ampliación intensiva y cualitativa y el desarrollo interno de las tareas administrativas» (Weber, 1983, p. 729).

Por tanto, en el caso peruano no es que se produzca una disputa entre el sistema económico de libre mercado y el Estado, sino que el referido sistema económico tiene como uno de los pilares que lo sostienen a la burocracia que permite que, con las complejidades propias del Estado contemporáneo, la Administración Pública funcione.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, en el Perú una antigua letanía repite que la Administración Pública es plenamente ineficiente y que el Estado es incapaz de desarrollar actividades con eficiencia, razón por la que, desde una perspectiva plenamente ideologizada, le corresponde al aparato estatal un rol económico exclusivamente subsidiario, conforme al artículo 60 de la Constitución Política del Estado. Es importante traer a colación la afirmación de Wong respecto a que en el Perú, «la influencia del análisis económico del derecho ha sido dañina, porque no tenemos realmente estudios serios en este tema, lo único que tenemos son *slogans* y una visión maniquea donde el Estado es culpable de todo y lo privado el único camino a la solución de los problemas en todo orden de cosas», concluyendo que es «indispensable superar esa situación», pues «no haremos nada sin el sector privado, pero tampoco llegaremos a nada si no tenemos un Estado más eficiente».

Ahora bien, cuando se trata de la provisión de bienes, servicios y obras, específicamente, una afirmación de lugar común y por demás generalizadora es que el Estado —y la burocracia— es absolutamente ineficiente, pues los adquiere u obtiene a precios muy por encima del valor de mercado y de una calidad inversamente proporcional. Desde una perspectiva crítica, esta ineficiencia, en mucho, se debe a que la actividad contractual de las entidades públicas se encuentra descentralizada o desconcentrada al extremo, siendo que cada entidad debe distraer enormes esfuerzos y recursos en actividades logísticas completamente ajenas a sus funciones y, además, en línea con los criterios que rigen la actividad burocrática, la regulación de esta actividad contractual privilegia los aspectos formales antes que los sustanciales. Y si a esto añadimos el que no se cuente con una burocracia calificada y estable (por la elevadísima rotación de recursos humanos y la ausencia de una carrera administrativa atractiva y meritocrática), la situación se hace más comprensible. Hernández dice que «el excesivo número de entidades, la falta de dirección integral estratégica, la alta rotación de especialistas, y la carencia de masa crítica conducen a la permanencia de licitaciones “tipo sastre” en la etapa formativa del contrato

y, durante la ejecución, se pierden los objetivos del proyecto con la normativa y cultura adversariales, sin dejar de mencionar las deficiencias de expedientes técnicos. Todo ello no ha contribuido a tener un Estado al servicio de los ciudadanos, ni a la eficiencia y, menos aún, a cerrar la brecha de infraestructura». Sería óptimo que la contratación pública a nivel nacional esté a cargo de un solo organismo altamente especializado, con presencia a nivel nacional y altamente supervisado.

El año 2009, el OSCE publicó el denominado *Plan Estratégico de Contrataciones Públicas del Estado peruano*, documento en el que se afirmaba lo siguiente:

El Gobierno reconoce también que el sistema de contrataciones públicas en el Perú ha obedecido estrictamente a una sucesión de pasos definidos, instituidos y vigilados legalmente, pero en ningún caso como una actividad profesional especializada. Y que, por ello, es un sistema que no cuenta con un alto grado de confianza por parte del público, no promueve la competencia de sus proveedores y tampoco tiene una buena calificación cuando es comparado con los indicadores internacionales de desempeño.

La visión del Gobierno es disponer de un sistema de contrataciones públicas que no solo proporcione a la comunidad beneficios de alta calidad, sino que también garantice la confianza de la comunidad con la integridad ética y la imparcialidad. El objetivo del Gobierno es que nuestro país tenga un sistema de contrataciones que esté de acuerdo con estándares internacionales y sea reconocido como transparente, eficiente y confiable. (OSCE, 2009, pp. 3-4)

En dicho documento, se concluía que «frente a la necesidad de incrementar la productividad y capacidad de respuesta de los gobiernos en todo el mundo frente a estos desafíos, ha surgido la tendencia en la gestión pública de alejarse de la regulación y el detalle de los procesos, privilegiando los resultados en el desempeño y la gobernabilidad» (OSCE, 2009, p. 5). Este enfoque, sin lugar a dudas, es correcto y es la tendencia que se propugna a nivel internacional para la mejora de las contrataciones públicas en general. Todo esto constituye, además, un reto muy importante para la mejora de la burocracia peruana en términos weberianos, pero respecto del cual no se ha avanzado nada, como precisa Arteaga, quien afirma que «la inexistencia de una verdadera carrera administrativa en el Perú, así como también la excesiva demora (y exclusividad) de Servir en implementarla eficientemente, constituyen obstáculos para generar y gestionar el conocimiento y aprovechar de la experiencia de los operadores del sistema, toda vez que posibilitan, junto a la modalidad CAS y los contratos de locación de servicios, que las nuevas autoridades hagan cambios de designaciones en las respectivas instituciones, originando un altísimo grado de rotación de personal en la administración pública peruana».

La mirada de Salazar es diferente, pues aprecia que en el transcurso de los últimos veinte años, «de manera progresiva, los instrumentos implantados han ido impactando de modo creciente en la mejora de las condiciones de eficiencia, eficacia, transparencia y oportunidad, con diversos resultados positivos medibles. Sin embargo, el escenario de la contratación pública no es uniforme, pues presenta zonas en que la contratación pública fluye de manera claramente eficiente, eficaz, transparente y oportuna; pero hay otras zonas de dicho escenario que tiene fallas, en los que no es factible lograr estándares adecuados del cumplimiento de tales máximas, presentándose, incluso, casos muy graves de desviaciones o transgresiones».

Sin perjuicio de que se necesita una perspectiva matizada, no parece haber evidencia de mejoras concretas, toda vez que, por ejemplo, el OSCE afirma que «en los últimos años el promedio de postores en cada adjudicación del procedimiento clásico a nivel de ítem fluctúa entre 1.4 y 1.5. Según los análisis realizados, alrededor de las tres cuartas partes del total de ítems se adjudica con la presencia de un solo postor. Ello, evidentemente, no garantiza que el Estado compre a precios competitivos» (Caroy, 2015, p. 25). Esta publicación se hizo analizando procedimientos de selección hasta el 2014.



Haciendo el análisis de las cifras que el propio OSCE<sup>4</sup> presenta, desde el 2015 hasta el 2021 puede apreciarse que se estarían dando mejoras objetivas en el nivel de competencia, con respecto a lo señalado en el párrafo anterior.

Tabla n.º 1

| Año  | Número de procedimientos de selección | Monto adjudicado | Promedio de postores |
|------|---------------------------------------|------------------|----------------------|
| 2015 | 99 413                                | S/ 41 797,9      | 2,0                  |
| 2016 | 48 290                                | S/ 32 330,8      | 2,6                  |
| 2017 | 49 520                                | S/ 41 416,3      | 2,7                  |
| 2018 | 47 915                                | S/ 46 737,4      | 2,8                  |
| 2019 | 49 220                                | S/ 42 219,3      | 3,3                  |
| 2020 | 49 533                                | S/ 47 309,2      | 2,0                  |
| 2021 | 49 445                                | S/ 50 664,5      | 3,2                  |

Elaboración propia.

Si bien estas cifras las he extraído de la web señalada en la nota a pie de página, lo cierto es que esta mejora sería relativa y se explicaría, fundamentalmente por el hecho de que el monto para las contrataciones que no requieren procedimiento de selección alguno se elevó hasta las 8 UIT, además que la inscripción de proveedores en el Registro Nacional a cargo del OSCE es gratuita e indefinida y, por último, gracias a las tecnologías de la información la participación en los procedimientos de selección es fundamentalmente virtual. Todo este conjunto de elementos habría permitido esa mejora relativa en las cifras de competencia, que sigue siendo insuficiente todavía.

En la literatura jurídica se ha afirmado que «en la “cultura de la licitación” la forma prima sobre el fondo. En un juego en el que parecen privilegiarse las habilidades para cumplir formas, muchas veces absurdas, antes que la capacidad de los postores de ofrecer la mejor alternativa. Entonces, son los funcionarios públicos los que no advierten que son ellos en realidad, los que “han colocado la carreta delante de los bueyes”; es decir, la formalidad delante de la competencia» (Bullard y Chávez, 2008, p. 261). Los mismos autores reconocen que «el Estado no se diferencia de cualquier otro consumidor», pues su objetivo principal «es también obtener la mejor opción: mayor calidad a menor precio». Pero luego analizan que, en vista de que quien compra no es el dueño sino un funcionario público, este se encuentra sujeto a un incentivo perverso, en el sentido de usar el poder que tiene para beneficiar sus intereses privados, razón por la cual se limita su discrecionalidad. Esta situación de «incentivos perversos» se presenta también en las empresas privadas que siguen la misma lógica, pues el funcionario de la empresa «está comprando, con dinero que no es suyo, bienes que tampoco serán suyos». Precisan que no proponen «dejar la forma y sujetar la contratación pública a reglas absolutamente abiertas como las de la autonomía privada», pero sí sugieren «que los mecanismos que se utilicen deben tener claro que el objetivo es comprar lo mejor a menor precio, no comprar al que supera la carrera de obstáculos creados por el formalismo» (Bullard y Chávez, 2008, p. 261). ¿Teniendo el diagnóstico más o menos claro, las conclusiones que se plantean son innovadoras? ¿No será que el problema mayor es la complejidad de la ejecución de las actividades burocráticas, a cargo de servidores o funcionarios que no tienen la estabilidad y permanencia necesarias, y tampoco las capacidades requeridas o, en caso las tuvieran, se encuentran acorralados por un Sistema Nacional de Control que privilegia en sus labores de fiscalización justamente el cumplimiento de esas formas sin dar mayor importancia a la eficacia contractual?

Salazar destaca que «dos aspectos críticos del funcionamiento de la contratación pública no están en el aspecto normativo, pues el Perú cuenta con uno de los regímenes más completos, pues contiene casi la totalidad de los instrumentos más recomendados en el mundo. El tema que muestra zonas

<sup>4</sup> Ver en <<https://public.tableau.com/app/profile/osce.bi/viz/Adjudicaciones6/h>>.

críticas corresponde a las personas que participan en el escenario de la actividad contractual pública y ello en tres aspectos: i) necesidad de asegurar la capacitación y entrenamiento de quienes, desde el sector público o desde el sector privado, participan en la actividad contractual pública (la mayor parte de incumplimientos se debe a desconocimiento y falta de entrenamiento); ii) necesidad de suprimir actitudes negligentes o de falta de diligencia razonable en los operadores públicos y privados; y, iii) necesidad de incrementar la prevención de riesgos y mantener políticas de lucha contra la corrupción».

Arteaga manifiesta que, en las negociaciones de los acuerdos comerciales suscritos por el Perú, «iniciados con EE. UU. en 2004, ya quedó establecida la idoneidad de la normativa de contratación pública y su adecuación a estándares internacionales; la idea era más bien fortalecerla».

En el plano teórico, entonces, se encuentra que a nivel normativo se han regulado principios como el de libre competencia y concurrencia, o el principio de moralidad que por sí solos debieran bastar para un adecuado funcionamiento del sistema de compras del Estado; sin embargo, la aplicación práctica de todo este bagaje teórico se estrella, por un lado, con la rigidez del razonamiento en la burocracia estatal, muchas veces infundida por el temor que genera el Sistema Nacional de Control, sin descartar las prácticas de malos funcionarios contrarias al principio de moralidad. Pero también está el hecho de que, en el sector privado, es decir, entre los proveedores, se han erigido estrategias de competencia *non sanctas* que incluyen impugnaciones arbitrarias o, ya en la ejecución de los contratos, el recurso al arbitraje como un mecanismo para lograr beneficios no previstos en los documentos del procedimiento de selección ni en el contrato. Una reflexión del magistrado Wong, de alguna manera coincidente con esta apreciación mía, me ha dejado un sinsabor del que no puedo desprenderme hasta hoy: él afirma, en una respuesta dada en la entrevista que le realicé, «que existen incentivos perversos para recurrir al arbitraje». ¿Cuáles son estos incentivos? ¿Se ha hecho algo en esta línea para evitar dicha situación?

Frente a esta realidad, quienes tienen a su cargo la regulación de la contratación pública se han visto en el dilema de qué hacer. Es en ese punto que surgen también discrepancias, pues hay quienes creen que la solución es una regulación abultada y detallista de los pasos que debieran seguirse y de las actuaciones a cargo de cada servidor o funcionario, reduciendo al mínimo los márgenes de discrecionalidad. Por otro lado están quienes miran el fenómeno desde una postura que plantea que no debe regularse más que cuestiones generales, toda vez que una regulación excesiva exacerba los formalismos ineficientes que rigen en la contratación pública en su desarrollo fáctico. Pues bien, es claro que en el Perú se ha impuesto el punto de vista de los primeros y por ello tenemos una norma, en mucho, abigarrada, complicada y que se encuentra en un proceso de modificación sobre la base de criterios sectoriales o individuales aislados que no se ajustan al diseño y elaboración de una política pública tan importante como la contratación pública sobre la base de estándares adecuados. Reitero que este no es un problema que se descubra recién, al menos entre los especialistas en contratación pública, es más, se trata de un problema que en el ámbito comparado se busca superar desde ya muchos años atrás.

En concepto de Arteaga, «existe una directa relación inversa entre capacidad (o competencia técnico-profesional y moral) y regulación (sobreregulación o desregulación), es decir: *a mayor capacidad de los operadores menor será la necesidad de regulación; ante la incompetencia de los agentes surge la pertinencia de darles más instrucciones detalladas vía regulación*. A modo de ejemplo, en el mundo entero, entre los Estados que cuentan con menor cantidad de normas, tanto legales como reglamentarias, se encuentran Nueva Zelanda y los países escandinavos, que ocupan desde el año 2000 los primeros lugares en el índice de percepción de la corrupción (Transparencia Internacional) —lo cual da cuenta de la capacidad moral de sus autoridades y funcionarios—, además de sus ubicaciones privilegiadas de sus estudiantes en la prueba PISA o de sus universidades en el *ranking* mundial —lo cual da cuenta de la capacidad intelectual de sus profesionales— y de la existencia de una verdadera carrera administrativa (basada en la meritocracia, en el riguroso proceso de reclutamiento, entrenamiento y promoción de los servidores públicos)». En suma, considera que «el problema de las contrataciones públicas (y del Estado peruano en general) radica más en las capacidades (técnico-profesionales y morales) de los operadores y agentes

del sistema (autoridades, funcionarios, servidores y proveedores del Estado) que, en la normativa, las herramientas disponibles o incluso el aspecto institucional».

En este punto, no debe perderse de vista lo que la misma Transparencia Internacional plantea como un problema: «el hecho de que un país tenga un sector público limpio en casa no significa que no esté vinculado a la corrupción en otros lugares»<sup>5</sup> y, además, «la mayoría de estos países [“limpios”] no investigan ni sancionan a las empresas cuando están implicadas en el pago de sobornos en el extranjero».<sup>6</sup>

Resulta importante traer a colación que Corrales plantea que la evolución del sistema de contratación pública ha sido negativa «y ello sin dejar de reconocer los esfuerzos por fortalecerlo, de seguro siempre precedidos de buenas intenciones. Pero el principal problema que, desde mi percepción, ha existido en el régimen de contratación estatal es la constante y hasta enfermiza obsesión por modificarla constantemente. En muchas ocasiones, los cambios han sido tan frecuentes que se han modificado las normas antes de que siquiera se implementaran y, la mayoría de las veces, antes de que los operadores de las mismas (públicos y privados) siquiera terminaran de entenderlas. Normalmente, lo que ve un ciudadano desde fuera del sistema es que los procesos de contratación son engorrosos, lentos e ineficientes, en todas sus etapas, juzgando a los operadores de forma drástica porque aparentemente no saben gestionar las contrataciones públicas. Y es cierto que hay, en muchos estamentos del Estado, falta de capacidades en sus gestores. Pero lo que no ve el ciudadano de a pie es la vorágine normativa con la que esos gestores tienen que lidiar para procurar adoptar sus decisiones de forma eficiente y segura. Mucha de la lentitud con la que un ciudadano observa que se mueve la contratación pública es resultado directo de esa falta de estabilidad normativa que constituye —desde mi percepción, reitero— una enorme falla sistémica en la evolución del régimen de contratación estatal que se ha instituido en el país. *Un Estado al servicio del ciudadano requiere de un régimen de contratación pública estable*. Sostiene que la permanente modificación de las normas se debe a la errada idea de que los problemas en la contratación pública «son fundamentalmente de orden normativo».

Rodríguez considera que «la normativa de contrataciones ha variado de enfoque en todos estos años, podemos decir que ha evolucionado y también ha involucionado en algunos aspectos. La mirada que tengo es que nació con una perspectiva de confianza hacia los usuarios y con un propósito enfocado en hacer más eficiente la contratación. Lamentablemente, las malas experiencias han hecho que la norma se vuelva más detallista y más restrictiva para evitar “salidas” creativas de usuarios». A pesar de ello, cree que se ha logrado que el Estado sea «más eficiente en contratación en comparación a lo que se tenía antes, aunque podría seguir mejorándose».

Por su parte, Salazar precisa que la contratación pública tiene un núcleo que si es compartido por todas las personas vinculadas a ella, tanto del sector público como del sector privado, «incrementará la unidad de criterio y de actitudes encaminadas a la mejora continua sostenida de la actividad contractual pública». Ese núcleo tiene dos componentes: el primero «está constituido por un conjunto de principios, normas, instrumentos y prácticas, todos ellos encaminados a asegurar que la relación contractual surgida entre una entidad pública (contratante) y una persona privada (contratista), así como la relación contractual entre una entidad pública (contratante) y otra entidad pública (contratista), ambas, deriven en una relación ganar-ganar; es decir, en esta primera parte del núcleo de la contratación pública, el régimen contractual debe estar encaminado a garantizar que las partes efectivamente vean satisfecho el interés por el cual contratan (en el caso de las entidades públicas, su interés se centra en el cumplimiento de sus funciones y, en el caso de las personas privadas, su interés se centra en la obtención de un beneficio económico o una combinación entre un beneficio económico y un aporte a la comunidad)». El segundo «está constituido por el conjunto de principios, normas, instrumentos y prácticas, todos ellos creados con el propósito asegurar que el íntegro de la operación a que se refiere el primer componente antes señalado impacte positivamente en la sociedad, de modo que esta avance en la realización de los valores y metas programáticas que explican la existencia misma

<sup>5</sup> Cfr. <<https://www.transparency.org/cpi/2015>>.

<sup>6</sup> Cfr. <<https://www.transparency.org/en/news/trouble-at-the-top-why-high-scoring-countries-arent-corruption-free>>.

de la sociedad, con el propósito de que la comunidad incremente el cumplimiento de sus objetivos de desarrollo sostenible, todo ello con miras a generar condiciones de felicidad para los miembros de la sociedad (el concepto de felicidad tiene indicadores de medición y está sustituyendo a conceptos como bien común o bienestar común)».

No obstante, Arteaga niega que se haya cumplido el propósito, planteado en 2001, de contar con un sistema eficiente y transparente al servicio de los ciudadanos y que sea referente en la región. «Una vez conocidas las irregularidades y actos de corrupción cometidos durante la década fujimorista, la idea era, partiendo de la normativa existente, dotar de herramientas al sistema (subasta inversa, convenios marco, compras corporativas, contratación electrónica, arbitraje, etc.) y profesionalizar la actividad a través del trinomio: *capacitación + evaluación + acreditación*, e iniciar el proceso de desregulación en la medida que se iba contando con operadores competentes profesional (incluida la experiencia) y éticamente hablando. Desde mi perspectiva, lo planificado no se ha cumplido debido a incumplimiento de roles de autoridades, agentes y operadores del sistema [desde presidentes de la república (por descentralizar el gasto sin previamente formar capacidades en regiones y municipios), Servir (por dilatar tanto y no lograr la implantación de una verdadera carrera administrativa), autoridades del Ministerio de Economía y Finanzas (por no dictar políticas, sino más bien creer que cualquier crisis se soluciona con reformas normativas, por darle mayor importancia a la recaudación que al gasto eficiente), presidentes del OSCE (por no haber estado preparados para continuar lo que hizo su predecesor), funcionarios públicos (ministros, presidentes regionales y alcaldes: por no designar gente capacitada en el manejo de sus compras públicas y, peor aún a veces, promover actos de corrupción), operadores de la normativa (por no defender los intereses institucionales y aceptar el cargo sin estar preparados, haciendo mal uso de las herramientas), agentes del mercado (por no cumplir su rol de colaboradores y pretender sacarle el máximo provecho a sus transacciones con el Estado, muchas veces incurriendo en actos ilícitos)], a cada uno de ellos le corresponde una cuota de responsabilidad».

## **2.2. *Modificación incesante de la normativa: ¿orden o caos?***

Uno de los temas que resulta por demás evidente es la abrumadora cantidad y frecuencia de modificaciones a la normativa de contrataciones del Estado que nos enfrenta a una inconmensurable línea del tiempo real, por la obsesión (ilusión) de que la realidad puede cambiarse a través de la normativa. En el gráfico n.º 1 se puede apreciar de manera clara la frecuencia de modificaciones (importantes) que ha sufrido la normativa desde la LCAE y el RLCAE hasta la última versión que tenemos de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) y del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE). Las normas anteriores, como el Rulcop, tuvieron una mayor duración temporal. No se incluyen en ese gráfico las modificaciones más bien puntuales que son incluso más frecuentes.

Ahora bien, más que modificaciones y mejoras a la normativa, lo primero que, como país, deberíamos lograr es el cumplimiento de las normas existentes, claro también es necesario derogar todas las normas irreales o imposibles, pero la estabilidad de un ordenamiento jurídico es fundamental para los operadores públicos y privados de las normas, así como para la sociedad en su conjunto.

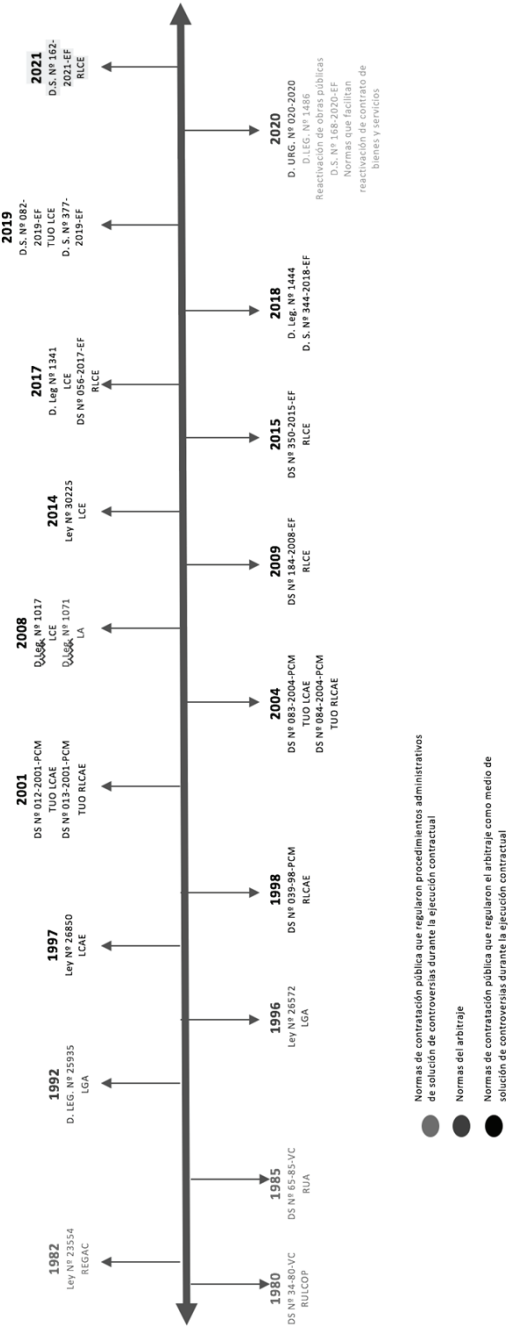
Corrales afirma que «las modificaciones responden casi siempre a factores coyunturales o a la experiencia cercana de los funcionarios que son convocados para la formulación de los proyectos normativos, quienes trasladan a estos sus percepciones personales sobre el origen de los problemas», pero es claro que la constante variación de las reglas «no permite que estas se internalicen y se consoliden, tanto para los administrados como para los operadores del sistema y se logre su aplicación eficiente. El legislador, en su afán de mejorar las reglas, no advierte que cualquier sistema legal para funcionar requiere un tiempo de aprendizaje, de consolidación, de internalización por parte de los operadores, sobre todo si entendemos que estos se encuentran fiscalizados por un sistema de control que puede ponerlos contra las cuerdas. Las reglas son cambiadas constantemente, seguramente con fines loables, pero el sistema no se llega a consolidar y es difícil esperar que el esfuerzo se traduzca en resultados óptimos». Es más, señala que «incluso si se decide adoptar un esquema legal que podríamos considerar “restrictivo”, pero le damos constancia a dicho esquema, los operadores privados tendrán claro cuáles son las reglas a las que tienen que ajustar su conducta, así como los criterios bajo los que

dichas reglas son aplicadas. Los operadores públicos, por su parte, también podrán internalizar suficientemente dichas reglas y los criterios para su aplicación. Y un esquema claro, para operadores públicos y privados, tiene mucha mayor potencialidad de generar un sistema de contratación pública eficiente».

Hernández destaca en este punto que esas modificaciones «responden a intereses burocráticos desde el Ministerio de Economía y Finanzas, sin la visión política de reforma integral para mitigar la corrupción, migrar a contratos colaborativos y eliminar la cultura adversarial. No se cuenta con la participación o asesoría de expertos en la contratación pública, y solo se realizan parches que, algunas veces, complican más la ejecución del contrato, al carecer de una visión holística». Plantea que existe la necesidad de empoderar a los funcionarios «porque la mayoría de sus decisiones se basan en el temor, fundado, de futuros juicios, porque los organismos de control informan hallazgos sobre aspectos interpretativos de la norma, entonces ellos, con las lecciones aprendidas, no resuelven los reclamos y los declaran improcedentes o infundados sin un sustento técnico-legal, incrementando la cultura adversarial y olvidándose de los objetivos del proyecto; sin embargo, en este extremo, la implementación de la junta de resolución de disputas mitiga, en parte, la solución de controversias, pero todavía hay resistencia a ello por desconocimiento o, tal vez, corrupción».

Salinas manifiesta, primero, que «prácticamente cada gobierno que en los últimos veinte años ha sacado su propia versión, genera que los operadores de estas normas sean proveedores, contratistas, funcionarios públicos, etc.; ni siquiera llegan a dominar una [LCE] cuando ya tienen que conocer una nueva, lo que deviene en ineficacia en su aplicación». Segundo, no se promueve «una política de “carrera pública” lo que determina que haya una alta rotación casi permanente de los funcionarios y servidores públicos en una misma entidad. Un día se tiene reunión con un gerente y dentro de un mes hay otro gerente al cual hay que volverle a explicar todo de nuevo». Tercero, se designa en puestos gerenciales y jefaturas en las entidades públicas «a profesionales no capacitados y/o preparados en gestión pública, lo cual determina que incurran, más por desconocimiento que por voluntad, en gestiones deficientes». Finalmente, considera que la LCE y el RLCE deben ser radicalmente simplificados «para que los procesos de selección, adjudicación y contrataciones sean más ágiles, sin perder exigencias, y se cumpla realmente tener contratistas ejecutores y supervisores de obras preparados y responsables, y las obras se ejecuten en su plazo y precio».

GRÁFICO N° 1  
REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL ARBITRAJE EN EL TIEMPO



Elaboración propia.

Hernández afirma que el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obra Públicas (Rulcop) «era más sencillo de entender porque regulaba exclusivamente la licitación y ejecución de las obras, mientras que las normativas sucesoras “mezclaron” una parte con servicios, sin considerar que lo importante es contar con una masa crítica especializada. Además, se debe tener en cuenta las 200 opiniones anuales del OSCE, lo que aunado a la falta de claridad en la normativa hace poco amigable su aplicación». Se necesita impulsar mejoras en el capítulo de obras, desde la etapa formativa del contrato, «es decir, se inician con la selección del sistema de entrega de obra. La normativa no ha desarrollado, suficientemente, el diseño y construcción ni la llave en mano, pero existen otros sistemas que deberían incluirse como, por ejemplo: DBF (diseño, construcción y financiamiento), BOT (construcción, operación y transferencia) y gerencia de construcción, pero en el ámbito del contrato colaborativo». Por tanto, «se debe desechar el contrato adversarial y no esperar como solución los acuerdos de gobierno a gobierno que posibilitan contratos colaborativos, ya que encarecen la contratación pública».

Salinas recuerda que el Rulcop «estuvo vigente desde noviembre de 1980 hasta septiembre de 1998, prácticamente 18 años, y con solo unas decenas de artículos permitió la gestión de centenares de obras públicas, en mayor o menor grado eficiente, pero fue una norma “estable” en el tiempo que permitió su conocimiento por los operadores de la norma de aquellos años».

Rodríguez dice que «los cambios constantes se deben a la existencia de “vacíos” en la normativa o “interpretaciones” no deseadas por el Estado sobre la contratación. Al darse cuenta de que alguna situación era inadecuada, se modificaba» y, por tanto, cada cambio de norma «ha sido un cambio de perspectiva de la contratación pública; me parece que a veces se ha aplicado el método “ensayo-error”, cuando se veía que los resultados no eran los esperados en la contratación pública, se modifica la norma». Entiende que la regulación restrictiva busca evitar «el mal uso de los recursos públicos y ante ello se ha generado tanta restricción», lo que «ha permitido identificar estas acciones [corrupción] y ello hace que sea un desincentivo para estas malas conductas. De alguna manera tiene que haber existido un impacto positivo».

Salazar manifiesta que toda modificación normativa «debe obedecer a una estrategia integral de mejora del régimen contractual público. Diversas modificaciones producidas han obedecido más a una circunstancia mediática (por lo general, como consecuencia de un escándalo) que sirvió de detonante. Lo curioso es que el régimen contractual público peruano sobre bienes, servicios y obras tiene los instrumentos más recomendados en el mundo, algo que es reconocido por varios organismos internacionales y analistas, y las modificaciones sucesivas —posteriores a la del 2003— no han afectado los elementos clave del régimen, siendo, fundamentalmente, ajustes de temas específicos». Kundmüller recuerda «el éxito que tuvo la primera reforma que se hizo desde el Consucode a principios del año 2000 y que contó con la participación y colaboración de todos los involucrados en contratación pública y que se llevó a cabo con mucho éxito, dando lugar a una modificación de la normativa que recogía los múltiples intereses de los actores privados y públicos».

Arteaga recuerda que el Banco Mundial «ya lo señaló a inicios de siglo, como mal endémico de América Latina: cualquier crisis se pretende solucionar con cambios normativos, sin tener en cuenta antes las capacidades operativas y las herramientas disponibles. El Perú no ha sido la excepción; todo empezó con la crisis generada por el denominado “shock de inversiones” (2007, luego de la descentralización del gasto en 2006), luego (2011, 2016 y 2018) cada Gobierno se atribuyó el derecho de iniciar su gestión (y también de terminarla, lo hizo Humala y ahora Sagasti) con una “nueva” Ley de Contrataciones del Estado (LCE). En esencia, ningún cambio relevante. Desde 1998, el espíritu y contenido de la LCE es el mismo, no tendría por qué cambiar, sin perjuicio de necesarios ajustes y mejoras (muchas de las cuales inclusive se podían haber introducido a nivel reglamentario)».

### 2.3. La corrupción en la contratación pública

Uno de los terrenos más fértiles para la corrupción a nivel mundial es el de la contratación pública, terreno donde coinciden actores públicos y privados. Sobre este particular se ha escrito que «La corrupción constituye, en realidad, un fenómeno amplio y variado, que comprende actividades públicas y privadas. No se trata tan solo del tosco saqueo de los fondos públicos por parte de unos funcionarios corruptos como usualmente se asume», sino que ha existido una «amplia gama de casos y formas de corrupción, siempre en relación con el núcleo sistémico y contrario al desarrollo de esas actividades ilícitas: el abuso de los recursos públicos para así beneficiar a unas cuantas personas o grupos, a costa del progreso general, público e institucional» (Quiroz, 2013, pp. 38, 39).

Es más, hemos asistido «al afloramiento de repugnantes ejemplos de corrupción pública, germinados en esa zona en la que confluyen el desarrollo de las políticas públicas y la actividad económica privada, zona que corre el riesgo de convertirse en una auténtica ciénaga» y, de ese modo, «estamos ante un fenómeno que va más allá de la tradicional mordida, es algo distinto y más sutil. Algo que presenta dimensiones cualitativa y cuantitativamente muy peligrosas y, desgraciadamente, también cierta vocación estructural. *Se trata de corrupción de alto nivel, de la utilización ilícita de las potestades, la información —privilegiada— y los recursos públicos para aplicarlos a finalidades particulares, individuales o corporativas, propias o ajenas, siempre en perjuicio del interés general.* No es algo que deba sorprendernos, especialmente a estas alturas del desarrollo político-social, pero lo cierto es que hasta ahora su verdadera magnitud resultaba inversamente proporcional a su visibilidad para los ciudadanos. *Es una corrupción que fluye larvada bajo la superficie de las actividades económicas corporativas cuando estas entran en contacto con el desarrollo de las políticas públicas. Sus objetivos son diversos: puede ser el mero saqueo de los fondos públicos, pero también la desactivación práctica de los controles oficiales sobre los negocios para que no entorpezcan las metas operativas de las corporaciones privadas. Y no hay que descartar algo tan prosaico como el blindaje de un estatus social privilegiado*» (Sánchez, 2009).

La OECD emitió en 2015 una recomendación sobre contratación pública. En dicho documento reconoce, primero, «que una contratación pública eficiente y eficaz de bienes, servicios y obras es fundamental para el logro de los objetivos principales de la gestión pública, incluida la inversión en infraestructuras y la prestación a los ciudadanos de servicios esenciales» y, segundo, que «es un ámbito clave de la actividad económica de las administraciones públicas, que está particularmente expuesto a la mala gestión, el fraude y la corrupción» (OCDE, 2015, p. 6). Luego, plantean una serie de recomendaciones, de las que me permito destacar las siguientes:

- Asegurar un nivel adecuado de transparencia en todas las fases de la contratación.
- Conservar la integridad del sistema de contratación pública mediante normas generales y salvaguardas específicas por procesos de contratación.
- Garantizar la accesibilidad a los procedimientos de diferentes competidores.
- Aplicación de mecanismos de supervisión y control que favorezcan la rendición de cuentas.

La normativa peruana de contrataciones del Estado se ajusta a esas exigencias, al menos teórica y formalmente. Entonces, ¿qué sucede con el sistema peruano que, más allá del plano formal, no se adecua en la realidad a las exigencias de competencia y eficiencia y, por el contrario, parece sucumbir frente a los problemas de corrupción generalizada?

Y es que el sentido común, pero también la evidencia jurídica, muestran que la corrupción en los diferentes niveles de gobierno y del Estado tiene uno de sus terrenos más fértiles en la adjudicación de contratos (especialmente de obras públicas) a determinados proveedores, burlando la competencia que debe darse entre proveedores.



¿Hay un control adecuado de estos procedimientos por parte del OSCE o de la Contraloría General de la República? Lamentablemente, la respuesta es negativa, por varios aspectos. Primero, por los criterios puramente formales que siguen estas instituciones en sus procedimientos de supervisión y/o control, privilegiando el cumplimiento de formas, sin atender a los elementos sustantivos. Segundo, la regulación peruana de contratación pública está orientada al cumplimiento de aspectos legales, no a la eficiencia de la contratación conforme a criterios logísticos y de gestión. Tercero, la dispersión normativa y de los sujetos de supervisión y control es tal que el brazo escuálido de las instituciones de supervisión y de control no permite que se cumpla sus tareas de manera eficaz, porque muchas veces ni siquiera llegan geográficamente.

Hernández afirma, categórico, que «la contratación pública no ha logrado la mínima transparencia desde Fujimori hasta Sagasti; por el contrario, han sido una constante los actos de corrupción en los tres niveles de gobierno».

Resulta elocuente en este punto la constante baja en la posición que el Perú ocupa en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional:<sup>7</sup>

Tabla n.º 2

| Año  | Posición |       |         |          |         |      |
|------|----------|-------|---------|----------|---------|------|
|      | Perú     | Chile | Bolivia | Colombia | Ecuador | Cuba |
| 2009 | 75       | 25    | 120     | 75       | 146     | 61   |
| 2010 | 87       | 21    | 116     | 78       | 134     | 73   |
| 2011 | 80       | 22    | 118     | 80       | 120     | 61   |
| 2012 | 83       | 20    | 105     | 94       | 118     | 58   |
| 2013 | 83       | 22    | 106     | 94       | 102     | 63   |
| 2014 | 85       | 21    | 103     | 94       | 110     | 63   |
| 2015 | 88       | 23    | 99      | 83       | 107     | 56   |
| 2016 | 101      | 24    | 113     | 90       | 120     | 60   |
| 2017 | 96       | 26    | 112     | 96       | 117     | 62   |
| 2018 | 96       | 26    | 112     | 96       | 117     | 62   |
| 2019 | 101      | 26    | 123     | 96       | 93      | 60   |
| 2020 | 94       | 25    | 124     | 92       | 92      | 63   |
| 2021 | 105      | 27    | 128     | 87       | 105     | 64   |

Elaboración propia.

Ahora bien, este índice mide la percepción de corrupción en el sector público a partir de la opinión de diversas fuentes, entre ellas empresarios y expertos. Esta percepción no necesariamente refleja la situación real, pero resulta un indicador interesante. Llama la atención que el Perú en los años 1995 a 1997 no apareció en los índices y el año 1998 aparece en un expectante puesto 41 y en 1999 mejoró su posición al puesto 40 volviendo al puesto 41 el 2000. El año 2001, cuando ya se conocía, al menos superficialmente, el nivel de corrupción del fujimorato, el Perú retrocedió apenas al puesto 44.

La corrupción en el arbitraje es una realidad que no puede —ni debe— ocultarse, pues las medidas de solución que se tomen ayudarán a que el arbitraje no se deslegitime frente a la sociedad. Sin embargo, se aprecia que existe una mirada centralista de este problema, como si en Lima las cosas fueran casi de maravilla y en el resto del país fuera el reino de los bárbaros y la barbarie. Esto hay que mirarlo con más cuidado, pues corrupción no solo hay en las «provincias», sino también (y mucho más sofisticada y dañina) en y desde Lima.

<sup>7</sup> <<https://www.transparency.org/en/cpi/2021>>.

Rojas afirma que «Hemos visto muchísimos árbitros que han sido involucrados de una manera directa en grandes problemas y procesos judiciales, relacionados con corrupción y que antes de esa fecha pasaban como docentes muy decentes», por ello los centros de arbitraje debieran mejorar los filtros de admisión de los árbitros.

Sobre este punto, Jiménez es de la idea «que ha habido la necesidad de adoptar soluciones ante la presencia de corrupción en algunos árbitros. Empero, el enfoque de esa solución ha sido ineficiente».

Sin lugar a dudas, el arbitraje es parte crucial del sistema de administración de justicia en el Perú y resulta más idóneo en muchos aspectos que los engorrosos procesos judiciales para la resolución de controversias en el ámbito de la contratación pública, razón por la que no resulta responsable condenar a una institución que muestra muchas ventajas. De lo que se trata es de establecer los mecanismos de control razonables que se requieren, sin que esto signifique, tampoco, burocratizar esta institución y convertirla en un procedimiento administrativo plagado de formalidades superfluas. Tampoco se combate la corrupción con excesos que vulneren los derechos civiles más elementales de toda persona, pues en gran medida la impunidad se fortalece cuando se persigue indiscriminadamente a todos los actores, sin distinguir los casos o las evidencias existentes, la impunidad gana cuando se asume que todos son culpables o, por lo menos, sospechosos.

Jiménez sostiene que «a la corrupción (en todo ámbito) se la enfrenta con otras estrategias; debe recordarse siempre que en la corrupción hay al menos dos partes, y una de ellas será el funcionario del Estado. El enfoque debe ser a través de técnicas que permitan descubrir la corruptela y aplicar la ley sin contemplaciones. Parte de ello necesariamente pasa por la transparencia. En el arbitraje es necesario que toda actuación, todo escrito, toda resolución sea colocada en la vitrina pública al alcance del escrutinio de todos. También es muy necesario que se realicen supervisiones adecuadas en todas las etapas de contratación y en la ejecución de las obras, servicios y demás contratos con el Estado».

Finalmente, Arteaga concluye que «es más difícil gestionar y realizar buena administración pública cuando el elemento humano no es competente, tanto en lo relativo a cualidades técnicas y profesionales, como especialmente cuando a integridad y valores éticos se refiere. Y, para ello, es fundamental la labor de otras instituciones de la sociedad que no están cumpliendo su función de arrojar a la sociedad buenas personas, buenos ciudadanos, buenos contribuyentes, buenos empresarios, buenos profesionales, buenos candidatos, buenos electores, buenas autoridades, buenos servidores públicos, personas que hagan el bien y las cosas bien, en particular me refiero a la familia, la Iglesia, la escuela y la universidad. Firmemente, creo que en tanto no se cuente con buenos elementos humanos en la sociedad, en el mercado y en el Estado, el deseo de alcanzar un país justo y desarrollado resultará más complicado y difícil, si no imposible».

### 3. EL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

«Quien con monstruos lucha cuide de no convertirse a su vez en monstruo. Cuando miras largo tiempo a un abismo, también este mira dentro de ti».  
Friedrich Nietzsche

La introducción del arbitraje en la contratación pública fue presentada por algunos sectores casi como la panacea absoluta para los problemas que se suscitaban en la solución de controversias en lo administrativo, primero, y en lo contencioso administrativo, finalmente. Iría a solucionar la extrema demora en la vía judicial, pero también la ineficiencia y la corrupción, y fue recibida con entusiasmo en la comunidad jurídica peruana, especialmente en la vinculada a las áreas del derecho privado.

Salazar considera que fue una buena decisión de país «adoptar medios alternativos al Poder Judicial para la solución de controversias en la etapa de ejecución del vínculo contractual», aunque también afirma que «la vía judicial nunca está descartada como posibilidad. La principal razón por la que se optó por la conciliación y el arbitraje fue que *la alta carga del Poder Judicial es una restricción muy*

*intensa para la solución oportuna de las controversias.* El tema de la especialidad puede ser considerado secundario respecto del anterior motivo señalado, pues al iniciarse el arbitraje en contrataciones del Estado sobre bienes, servicios y obras no había experiencia previa, de casi todos los árbitros existentes entonces, sobre el tema de contrataciones de Estado, *experiencia esta que la han ido adquiriendo de manera progresiva en los últimos veinte años y hoy contamos con árbitros muy experimentados en la materia*, que saben integrar conocimientos de arbitraje; además que en el Poder Judicial siempre es posible la especialización, como ha ocurrido con otras materias como la laboral, familia, entre otras».

Desde una perspectiva técnica del arbitraje, Kundmüller explica que a partir de «la constatación que existía una *demora significativa en la solución de controversias suscitadas en la etapa de ejecución de los contratos*, debido a que estas se resolvían agotando previamente la vía administrativa, para luego recurrir al proceso contencioso administrativo, con todo lo que eso implicaba en términos de incremento sustantivo de costos» se llegó a la conclusión que el arbitraje era la solución práctica «no tanto por la obvia necesidad de eliminar la demora en los procesos, que es una preocupación permanente, *sino por el grave impacto económico de dicha demora en el ámbito de las contrataciones públicas de bienes, servicios y obras, así como por su impacto negativo en la economía*».

No obstante, no puede pasarse por alto que la LCAE y el RLCAE y la introducción de medios de solución de controversias alternativos se dio en un contexto de liberalización —y privatización— bastante extrema de la sociedad peruana, que tuvo como pilar de sus fundamentos el denominado Consenso de Washington y, en el ámbito doméstico, la idea de que el Estado era incapaz de cumplir con sus funciones de manera mínimamente eficiente, razón por la cual debían desandarse los caminos que dieron lugar a ese enorme «ogro filantrópico» y, por ello, debía devolverse a los privados y al mercado lo que nunca debió salir de esos ámbitos. Esa privatización se dio, primero, en relación con empresas públicas y, luego, fue ampliándose a funciones antes preminentemente estatales, como la salud o la educación, los sistemas previsionales, la administración de justicia, la seguridad, etc.

En ese contexto, la LCAE fue la manifestación de voluntad estatal de que las controversias suscitadas en los contratos de provisión de bienes, servicios y obras, derivados de los procedimientos mayores de licitación pública y concurso público que celebraran las entidades públicas, se resolverían acudiendo a diferentes medios alternativos de solución de controversias, siendo el más importante de estos el arbitraje.<sup>8</sup> Posteriormente, la Ley n.º 27330, publicada el 26 de julio de 2000, dispuso que el arbitraje sería el medio de solución de controversias para todos los contratos estatales.

En el ámbito jurídico se afirmó que «estas disposiciones transformaron radicalmente la administración de justicia en el Perú, en la medida en que introdujeron a la conciliación y al arbitraje obligatorios como mecanismos de solución de controversias en todos los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión» (Castillo y Sabroso, 2009, p. 14).

Y, de esa manera, «Lo que antes estaba reservado a la mirada pudorosa de los funcionarios del Estado, únicos autorizados a decidir sobre la cosa pública, aparece desnudo frente a árbitros que sin tener la categoría de funcionarios deciden el destino de esa cosa pública. Y, por tanto, los funcionarios públicos, y de paso más de un administrativista, se sienten “vejados”» (Bullard, 2006, p. 158). Resulta bastante interesante el uso de las palabras, pues se califica de «pudorosa» la actuación de los funcionarios, razón por la que, por el contrario, la actuación de los árbitros resultaría ciertamente «impúdica», pues sus decisiones no se ajustarían necesariamente al rígido marco normativo, sino que acudirían a normas y hasta a costumbres o usos mercantiles ajenos a la actividad pública. ¿Cómo lograr una posición equilibrada entre el pudor cucufato y la obscena impudicia?

<sup>8</sup> Hay que destacar que el RLCAE consideró una serie de mecanismos de solución de controversias tales como el arbitraje, la conciliación, la negociación asistida, el peritaje previo; sin embargo, esto se dejó de lado posteriormente, restringiéndose a conciliación y arbitraje. Kundmüller plantea que es importante «promover la diversificación y el uso de medios de solución de controversias diferentes al arbitraje, desde la prevención hasta la práctica arbitral que concluye mediante laudo. Esa es una tendencia que se viene dando a nivel global y que obedece a la diversificación de las actividades económicas, así como a la especialización de los contratos, contribuyendo a reducir costos en la solución de controversias».

En ese camino pedregoso, en una suerte de repliegue parcial de aquella audaz manifestación de voluntad, mediante Ley n.º 28267, publicada el 3 de julio de 2004, se estableció que la conciliación y el arbitraje no resultarían de aplicación a las controversias vinculadas con adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión. Esta decisión obedeció a ciertos problemas que empezaron a suscitarse con decisiones arbitrales que eran producto, por un lado, de un evidente desconocimiento de la normativa y el quehacer estatal, amparadas, eso sí, en el conocimiento del derecho privado y los usos mercantiles. No obstante, pese a la prohibición expresa de arbitrar esas materias, las decisiones arbitrales siguieron amparando, por la vía indirecta, estas materias que directamente estaban prohibidas. En gran medida por ello, mediante Ley n.º 30225, se estableció que «Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el Reglamento, correspondiendo, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial»; dicha Ley precisó las materias no arbitrables, indicando que esas materias —en tanto todas están vinculadas con adicionales de obras— volvían a ser competencia judicial.

Gandolfo ha afirmado, según su experiencia, que «los adicionales que injustamente no podían llevarse a arbitraje, se presentaban como enriquecimiento sin causa, que lo es, sin duda, porque un proveedor trabaja más de lo previsto y no se le quiere reconocer ese mayor trabajo, obligándolo a que él pague sus costos directos y sus gastos generales, con lo cual se convierte en una beneficencia y tiene que sacar dinero de su bolsillo para cubrir su déficit, generado muy probablemente por una causa ni siquiera a él atribuible. Estas son las situaciones que hay que evitar. Si tienes que construir una carretera y de pronto viene un huaico que cambia el curso de un río y para lograr conectar una ciudad con otra, que es el objeto de la obra, tienes que hacer un puente que no estaba proyectado en el expediente técnico, pues la entidad tiene que pagarte el mayor personal destacado a esta tarea, el mayor uso de maquinaria no presupuestada, el mayor empleo de materiales, fierro, concreto, cemento, etc. No lo puedes pagar tú. Si la entidad se niega a pagarte esto, que es un adicional, no te queda otra alternativa que reclamárselo en un arbitraje que es la vía a través de la cual se resuelven todas las controversias que se suscitan en la contratación pública».

Volviendo al tiempo en que se publicó la LCAE, no puede dejar de mencionarse la enorme paradoja de que esa liberalización de las normas de contratación pública fuera impulsada por un gobierno profundamente autocrático y corrupto, que tenía control no solo del Poder Ejecutivo sino, además, del Poder Legislativo e incluso del Poder Judicial y otros organismos públicos autónomos. No obstante, esa enorme paradoja no parece haber sido advertida por muchos especialistas en el Perú, pues, contrariamente a ello, se ha afirmado que «no cabe duda de que en las sociedades en las que se privilegian las libertades ciudadanas se promueve el arbitraje y su desarrollo en diversas dimensiones», pues el arbitraje «constituye una expresión de prácticas democráticas por excelencia, comprendiendo el ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad», mientras que, contrariamente, «en las sociedades donde se impone el pensamiento autoritario, generalmente se limita la práctica del arbitraje y se establecen restricciones a su práctica y sus autonomías, lo que ocurre, prácticamente, en todas sus expresiones» (Kundmüller, 2017, pp. 22-23).

La liberalización producida en la forma de promover el arbitraje en el Perú ha sido tan extrema que incluso el convenio arbitral, entendido como la columna vertebral de este mecanismo que obedece a la estricta voluntad de las partes, se morigera en la normativa de contrataciones del Estado, pues aun cuando no se incluya el convenio de manera expresa, la normativa lo presume incorporado de manera automática. Esta peculiar manifestación de la libertad, sin embargo, no se reduce a nuestra experiencia doméstica, sino que también se ha dado en el ámbito del arbitraje en inversiones extranjeras. «Han aparecido una serie de tratados internacionales que han ido incluso más allá de lo imaginable para un fanático del arbitraje. Estos tratados nos traen el “arbitraje sin convenio” (*arbitration without privity*), en el que el Estado queda sujeto a un sistema arbitral sin firmar cláusula arbitral con el inversionista que lo solicita, simplemente porque un tratado le abre esa puerta» (Bullard, 2006, p. 158).

¿Ha sido eficaz el arbitraje para mejorar la contratación pública? ¿Ha ayudado a tener un Estado al servicio de los ciudadanos? ¿Ha ayudado a lograr un Estado más eficiente?

Gandolfo piensa que el arbitraje en la contratación pública «ha contribuido a resolver las controversias de manera más rápida y eficaz. Al hacerlo, ha agilizado la administración de justicia y ha disminuido la carga procesal del Poder Judicial. Desde esa sola perspectiva hace que el Estado sea más eficiente y que se ponga al servicio de los ciudadanos que reclaman por sus derechos». Reconoce, sin embargo, que después «se fue sobreregularlo como si se tratase de un proceso judicial de cuya vía es precisamente de donde se salió por no ser rápida y eficaz. Más recientemente se han aligerado las normas, pero falta todavía más desregularizaciones [sic] para volver a lo óptimo».

Albán afirma que la introducción del arbitraje en la contratación pública ha sido «un paso audaz, adoptado con el ánimo de permitir mayor eficiencia y agilidad en las controversias que el Estado debe ventilar en el ámbito jurisdiccional, reduciendo significativamente los riesgos de corrupción. No se cuenta con un estudio que sistematice información suficiente y confiable como para evaluar con certeza lo ocurrido en estas más de dos décadas, por lo que solo podría ensayar una respuesta a partir de una impresión general. En tal sentido, considero que se ha logrado una mejora en lo concerniente a los plazos para la solución de las referidas controversias y, probablemente, reducir en alguna medida los márgenes de la corrupción, pero el impacto de estas mejoras ha estado muy por debajo de las expectativas generadas en un origen, por diferentes problemas que derivan, a mi juicio, de la manera en la que se ha venido regulando por el propio Estado este tipo de procedimientos».

Guerinoni opina que al resolverse las controversias de manera más eficiente en el arbitraje, «el cumplimiento de finalidades públicas y la satisfacción de necesidades públicas se alcanzará de manera más rápida en favor de los ciudadanos que es el fin último de la contratación estatal. El problema al día de hoy es que el arbitraje en contratación estatal, ahora de preferencia institucional, desborda la capacidad de los centros de arbitraje, recordemos que el OSCE ya no brinda servicios de secretaría arbitral (en lo que estoy de acuerdo), salvo en los casos de su arbitraje institucional (SNA-OSCE). Es necesario que se creen más centros de arbitraje, pero con parámetros claros y transparentes, y con algún tipo de control del cumplimiento de esos parámetros (y solo ello sin afectar su autonomía) por parte del Estado a través del Ministerio de Justicia».

Corrales señala que la inclusión del arbitraje en contratación pública es una iniciativa sin paralelo en el mundo, por lo que «carecemos de regímenes legales que puedan servirnos de modelo o siquiera de referencia. Entonces simplemente se trata de un sistema que se va construyendo a sí mismo. Por cierto, hace muchos años se suele escuchar que en otros países se está evaluando implementar un régimen arbitral obligatorio, en contratación pública, similar al “modelo” peruano. No ha ocurrido hasta ahora y, desde mi perspectiva, difícilmente ocurrirá en un futuro próximo [...] Y es que los países suelen ser muy cautos cuando se trata de diseñar sistemas de solución de controversias que involucren recursos públicos. Esto no significa que no existan otros regímenes legales que comprendan la posibilidad de desarrollar arbitrajes en contratos públicos. Por supuesto que los hay y muchos. Pero ninguno con el nivel de “agresividad” o audacia con que lo hizo el legislador peruano».

Hace poco anunciaban que en Ecuador se había establecido por fin el arbitraje como medio de solución de controversias central en la contratación pública. Sin embargo, la decisión que se comentaba es la contenida en el reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, que en su artículo 4 mantiene el criterio potestativo por el que las entidades públicas pueden someterse a arbitraje nacional e internacional, pactando un convenio previo o posterior al surgimiento de una controversia. Y en su artículo 5 se encuentra el planteamiento más osado que señala que si en el contrato no se hubiera pactado un convenio arbitral, el contratista puede proponer un convenio arbitral para suscribirse y si la entidad no responde nada dentro de los 30 días, dicho convenio se entenderá aceptado. Además, en su cuarta disposición transitoria se dispone que el Servicio Nacional de Contratación Pública incorporará en los pliegos contractuales convenios arbitrales, aunque no precisa si estos deben ser acatados de manera necesaria. Como puede apreciarse, sigue siendo una decisión más conservadora en comparación con la incluida en la normativa peruana.

Wong es de la idea que la inclusión del arbitraje como el medio de resolución de las controversias de contratación pública «no se ha estudiado desde un punto de vista económico (costo-beneficio) para el Estado ni existe, tampoco, un estudio serio sobre la calidad jurídica de los laudos que se han emitido». Y concluye, categórico, que los estudios existentes y realizados por la Contraloría, el OSCE y por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP «son, por lo menos, incompletos».

En línea similar, Arteaga considera que «la eventual, intermitente o esporádica buena calidad de los laudos no justifica la excesiva demora en su emisión ni muchas veces los costos que las partes (o una de ellas) deben sufragar, lo cual determina que todavía no nos encontremos ante un mecanismo eficiente ni eficaz para resolver conflictos en materia de contratación pública».

Hernández manifiesta que el arbitraje ha demostrado, en general, «su valía y eficacia, a pesar de algunos casos de corrupción que se conocieron posteriormente»; sin embargo, los arbitrajes «son muy lentos y no se conciden con las necesidades de la obra. Una decisión sobre una ampliación de plazo, por ejemplo, no debería demorar más de tres meses, sino se afecta al contrato». Y es que existe «mucha carga en los árbitros lo que abona a la lentitud en los laudos».

Jiménez opina que «para que el Estado se encuentre, verdaderamente, al servicio de los ciudadanos, es necesario concebir, de forma orgánica, un conjunto de medidas, un cambio de actitudes, una visión diferente de las contrataciones con el Estado»; en esa medida, el rol de los árbitros «es dar una solución a la controversia específica, que sea imparcial, legal, neutral, especializada; los árbitros no inciden, pues, en la ineficiencia de las áreas usuarias, en la corrupción al momento de contratar y de ejecutar, en la falta de disposición de los funcionarios para dar solución eficiente a los problemas que se presentan».

Rodríguez plantea que el arbitraje «es un mecanismo que sí funciona para determinadas controversias. A lo largo de los veinte años que he trabajado en la organización y administración de los arbitrajes del CARC-PUCP he observado que lo determinante para que el arbitraje funcione como una herramienta para resolver controversias es la buena fe y el espíritu de colaboración que deben tener las partes, así como el compromiso de los árbitros para resolver prontamente la controversia, aunque dicha manera de actuar en el arbitraje no sea común. Y es que hay muchos arbitrajes «con conductas obstruccionistas en los que al menos una parte desea que el arbitraje no fluya con normalidad interponiendo una serie de recursos (incluso aquellos que no recoge la propia Ley de Arbitraje) a fin de evitar que se ponga fin a la controversia».

León afirma que antes los procesos «duraban varios años, 4, 5 o 6 años en la arena judicial. Ahora un arbitraje en compras públicas dura un año o menos en promedio, si el caso es sencillo, y entre uno y dos años si el caso es más complejo. Hemos avanzado en eficiencia. Sin embargo, en los últimos años, la parte que pierde el arbitraje intenta anular el laudo ante el Poder Judicial, trámite que toma un año adicional. Aunque la gran mayoría de casos, algo menos de un 90 %, resultan con una sentencia judicial que desestima la anulación y confirma la validez del laudo, esto causa demoras innecesarias en la ejecución del laudo».

#### 4. ¿ES EL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA UN ARBITRAJE ESPECIAL O UNA «COMPETENCIA ARBITRAL ESPECIALIZADA»?

Salazar recuerda que para implementar la LCAE en lo referido a arbitraje invitó a Franz Kundmüller. «Al inicio tuvimos mucha coordinación a fin de fijar los criterios de organización del tema. Sabíamos que el tema implica la *combinación de las materias de derecho arbitral, derecho administrativo (especialmente el de contratación pública)*, así como la presencia de principios y normas jurídicas de otros órdenes normativos en tanto sean compatibles con el núcleo de la contratación pública». Así, «*partiendo del criterio de que la rama directamente aplicable a la actividad contractual pública, es el derecho administrativo*, pues —como se señaló— es la rama jurídica que regula las relaciones entre sujetos, de los cuales, por lo menos uno de estos ejerce función administrativa del poder (lo cual ocurre en la relación establecida entre la entidad pública contratante —la misma que ejerce función administrativa— y un tercero, sea este persona

privada u otra entidad pública), *tendrá que determinarse qué formas jurídicas administrativas son aplicables, en qué oportunidades y en qué proporciones, todo ello en tanto sean compatibles con las exigencias de los dos componentes del núcleo de la contratación pública*. Y precisa que «el derecho público es una rama del derecho dentro de la cual se encuentra el derecho administrativo y, por tanto, es la rama a la cual se debe recurrir, en primer lugar, ante vacíos dentro del derecho administrativo». Y precisa que «las precedencias, en el régimen jurídico de los contratos de la Administración Pública, son: derecho administrativo, derecho público, derecho privado (especialmente el derecho civil) y otras».

Sobre este particular, Kundmüller concluye que «se logró una suerte de encuentro de dos mundos, entre instituciones jurídicas de origen privado, como el arbitraje, y las que encontramos en la normativa de derecho público y administrativo».

Jiménez indica que el arbitraje *«soluciona una controversia contractual y no administrativa*. La vía administrativa culmina con una decisión administrativa, que es recurrida en sede judicial: se analiza la actuación de la administración en su actuación como tal, no como parte contratante».

Para Arteaga, es claro que «debía tratarse de un *arbitraje especial; así lo justificaban el interés público, los fondos públicos y la finalidad pública que subyacen a la contratación pública*. No podía ser un arbitraje convencional o común sujeto a la Ley de Arbitraje, en el cual prevalece la autonomía de la voluntad de las partes; debía tener las particularidades y exigencias propias del derecho público». Sin embargo, no ocurrió de ese modo, por lo que afirma que «en la medida que los operadores (los árbitros) no desarrollaron la actividad “idóneamente”, demostrando capacidad (según lo esperado, en términos de oportunidad y especialidad), a pesar de la existencia de una regulación mínima-necesaria, lo que surge es la necesidad, pertinencia y conveniencia (para el buen funcionamiento del sistema) de regular más (poniendo plazos y consecuencias de los incumplimientos), hasta que, más adelante, tras comprobarse una mayor competencia, idoneidad y responsabilidad en los operadores (en este caso, de los árbitros), comience el proceso de desregulación, con mayores facultades para actuar con discrecionalidad». Luego de más de veinte años, y siguiendo esta lógica, ¿será el momento de desregular?

Kundmüller sostiene que *«este tipo de arbitraje es lo que podríamos denominar como una competencia arbitral especializada*, que usualmente se confunde con el “*arbitraje del Estado*”, pero este último debe ser entendido como una categoría general, que *abarca diversas competencias arbitrales especializadas*».

Lo que sería fundamental, desde el punto de vista de Albán, es una «Ley especial para los arbitrajes derivados de la contratación estatal, que recupere todas las ventajas que, en el diseño, tiene un proceso arbitral por definición: mayor agilidad, flexibilidad y oportunidad. Lo que ahora ocurre con sucesivas y frecuentes modificaciones a las reglas del arbitraje a través de la legislación para contratación pública, ha terminado distorsionando y desvirtuando en buena medida las ventajas del arbitraje. El Estado, en una ley especial sobre esta materia, debe adoptar el mismo criterio que asumió para ir a los arbitrajes internacionales: nada de privilegios o pretensiones de trato preferente y asumir en consecuencia una lógica más privatista, pero en un procedimiento totalmente transparente (salvo excepciones taxativamente contempladas en la ley)».

## 5. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA VÍA JUDICIAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. ¿CUÁLES SON LAS VENTAJAS COMPARATIVAS DEL ARBITRAJE?

Si bien en este punto se busca entender cuáles serían las ventajas de un arbitraje respecto a un proceso judicial, resulta importante también partir de plantear que existe un debate entre quienes postulan al arbitraje como un contrato y aquellos que lo postulan como una jurisdicción. «Arbitraje y jurisdicción van a ser discutidos desde el punto de la naturaleza jurídica de la institución, especialmente por aquellos autores que partiendo de una perspectiva procesalista ubican al arbitraje en el marco de un proceso. Pero la literatura jurídica arbitral, preferentemente, reconoce que se trata de un medio alternativo



de solución de controversias sobre derechos disponibles que las partes —en ejercicio de su libre albedrío y de su libertad contractual— someten obligatoriamente a resolución de los árbitros mediante un convenio específico». Aunque esta discusión académica no tenga, para fines prácticos, consecuencias demasiado relevantes, sí resulta relevante plantearla en el Perú por su reconocimiento a nivel constitucional. De esa manera, el arbitraje «constituye una excepción a la jurisdicción ordinaria que ejerce el Poder Judicial, que tradicionalmente operó como el monopolio de la justicia, pero también quedó el arbitraje indefectiblemente unido a la jurisdicción por la inclusión de las excepciones —en este caso el arbitraje— dentro del concepto de jurisdicción. Todo ello ha llevado a que se admita que la Constitución permite varios desgajamientos de la jurisdicción ordinaria que el TC reconoce plenamente» (Santistevan, 2006, pp. 20, 29).

En esta última línea se comprende mejor que el Estado peruano haya tomado la decisión de que las controversias de todos los contratos en el que alguna de las entidades que lo conforman sea parte se resuelvan en arbitraje.

Sin embargo, otra lectura es la que plantea que el proceso de desestatización de la justicia «ha privatizado una de las funciones consideradas más inherentes al Estado, es decir, la de administrar justicia, la que si bien siempre se aceptó que tenía como excepción el arbitraje, extendió sus límites para incorporar a los conflictos que surgen en las relaciones del Estado con los particulares», precisando que, el arbitraje y otros mecanismos que se imponen al margen de la soberanía estatal, «son simples sustitutos (quizás no los mejores) de la falta de estabilidad de reglas y de Cortes que pongan en vigencia la división entre el mercado y la democracia, y los límites que los derechos individuales le imponen a la propia democracia. Sin duda, sería mejor tener sistemas jurídicamente estables y tribunales que pongan límites claros. Pero como dice el dicho “a falta de pan, buenas son tortas”» (Bullard, 2006, p. 170).

Ahora bien, en una suerte de radical afirmación contracorriente, Quiroz sostiene que «bien miradas las cosas, el sistema judicial peruano ha demostrado independencia y eficiencia, no obstante sus limitados recursos y enormes presiones políticas y administrativas» (Quiroz, 2013, p. 525).

Wong afirma que «la única ventaja [del arbitraje sobre la vía judicial] sería la celeridad. No veo que exista una real especialización de los árbitros en contratación pública, a veces, ni siquiera en derecho administrativo o civil y, por supuesto, el problema de la corrupción no creo que se solucione trasladando competencias a privados». Es más, afirma que «el Poder Judicial pudo, en algún momento, crear una subespecialidad en contratación pública, pero al parecer esa posibilidad ya no se contempla en este momento. Y, justo es decirlo, tampoco podemos asegurar que la intervención judicial mejore la resolución de conflictos de contratación pública». A partir de su propia práctica judicial y docente, afirma que la mayoría de los muchos laudos arbitrales que ha podido leer «no llega a la calidad de las sentencias que conozco como juez de apelaciones. Existen, por supuesto, excepciones, pero son eso, solo excepciones».

Jiménez concluye que «el arbitraje en contratación pública, con los problemas que ha podido enfrentar, ha resultado sin duda mucho más eficiente que la solución heterocompositiva que es el Poder Judicial (por la celeridad y especialización). Y para apreciar ello basta con hacer un contraste en el tiempo que toma cada proceso (arbitral y judicial), así como revisar la calidad (en general) de los laudos arbitrales frente a las sentencias judiciales sobre la misma materia. Y con el decurso del tiempo los árbitros se han ido formando y especializando más y más en estos contratos y su normativa, de modo que las ventajas se han ampliado».

Dos formas de ver el mismo tema, pero con conclusiones diametralmente opuestas.

Guerinoni considera que el arbitraje tiene como ventajas comparativas respecto al proceso judicial no solamente la celeridad, «sino, lo más importante en mi concepto, la especialidad. Los jueces ordinarios no conocen la normativa sobre contratación estatal, carecen de la especialidad y ello se comprueba, por ejemplo, al revisar medidas cautelares fuera de proceso dictadas por el Poder Judicial.



El arbitraje de emergencia es una gran alternativa al Poder Judicial para obtener, con conocimiento especializado, medidas cautelares en materia de contratación estatal. Ahora, como estructura el arbitraje se parece al proceso judicial (etapa postulatoria, etapa probatoria y etapa resolutive), pero hay diferencias abismales en el desarrollo de los procesos, especialmente por la flexibilidad que caracteriza al arbitraje, los plazos más cortos y, por supuesto, y reitero, la especialidad».

Albán afirma que «bajo la actual regulación, solamente cabría reconocer (y de manera parcial) la ventaja de la celeridad. En cuanto a transparencia y flexibilidad casi no se ha avanzado por cuanto la confidencialidad sigue siendo la regla en este tipo de arbitrajes atentando claramente contra la transparencia que demanda todo aquello que representa un interés general (bienes del Estado en este caso) y, además, casi se ha anulado la flexibilidad, al pretender establecer “candados” que muchas veces juegan en contra de resolver de manera pronta y razonable los puntos de controversia».

Rodríguez manifiesta que, definitivamente, el arbitraje «es más célere que el proceso judicial» y, «casi siempre los árbitros están muy especializados en las materias que han puesto en su conocimiento, incluso más que un juez. La flexibilidad también es una característica del arbitraje, aunque en el arbitraje en contratación pública la flexibilidad está más restringida. En cuanto a la transparencia en arbitraje en contratación pública, este concepto ha ido variando a lo largo de los años y en la actualidad este proceso es más transparente que los procesos que se tramitan en el Poder Judicial».

León señala que la vía judicial «puede ser especializada, pero es muy lenta. El Poder Judicial peruano tramita cerca de dos millones de expedientes al año, pero solo puede resolver, en promedio, un millón al año. Esto genera un enorme retraso judicial, problema que no hemos detectado si el caso se arbitra».

## **6. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL ARBITRAJE RELATIVO A INVERSIONES EXTRANJERAS: ¿LECCIONES POR APRENDER?**

El derecho de las inversiones, desde una perspectiva tradicional —que es la que tiene prevalencia todavía en la actualidad— es concebido como un marco general de protección de los inversores extranjeros frente a eventuales abusos o arbitrariedades de los Estados receptores de inversiones, especialmente aquellos que no cuentan con esquemas institucionales consolidados (en general, los países en vías de desarrollo). No obstante, se abre paso una mirada más crítica de este enfoque y que, en busca de equilibrar las cosas, plantea que el derecho de las inversiones busca proteger al inversor, efectivamente, pero también garantizar que los Estados receptores consigan los objetivos que buscan con la inversión —promover desarrollo sostenible de sus sociedades—, para lo cual es fundamental que también los inversores cumplan con los objetivos trazados para sus actividades económicas, esto es, cumplan con el principio de eficiencia en las inversiones. Desde este punto de vista es importante que el derecho de las inversiones y, en general, los mecanismos de protección de las inversiones no afecten las capacidades regulatorias de los Estados y menos perturben la consecución de fines públicos o de derechos políticos, sociales, económicos y culturales.

Esto ha motivado, por ejemplo, que se modifiquen las reglas de arbitraje del Ciadi a fin de dotar de mayores elementos que permitan un desarrollo del arbitraje con mayores niveles de transparencia, e incluso abriendo esos espacios a terceros que pudieran aportar información para que los tribunales resuelvan de mejor manera. Y hay que precisar que, en principio, los derechos humanos fueron acogidos como parte del sistema de protección de las inversiones extranjeras, destacando la inalienabilidad del derecho humano a la propiedad. Sin embargo, luego han sido los Estados receptores los que también han propugnado el recurso a los derechos humanos para sustentar sus decisiones y demostrar que no resultan arbitrarias y menos abusivas, toda vez que las medidas regulatorias que tomaron se sustentan en la búsqueda de protección de derechos fundamentales de sus poblaciones. Esta perspectiva no ha sido recibida de manera uniforme por los tribunales arbitrales, pues muchos de ellos han señalado que no tiene asidero el tomar decisiones en un ámbito económico, incorporando temas de

materia netamente política. Un caso paradigmático fue el del laudo emitido el 8 de julio de 2016 en el caso *Ciadi* n.º ARB/10/7 iniciado por Philip Morris Products S. A. y Abal Hermanos S. A. contra la República Oriental del Uruguay, en el que se dio la razón a Uruguay, reconociendo la soberanía de dicho Estado para proteger la salud pública.

Esta problemática y las soluciones planteadas muestran ciertas similitudes del arbitraje relativo a inversiones extranjeras con el arbitraje en contratación pública.

Sin embargo, Cantuarias afirma que se trata de «dos mundos radicalmente diferentes y pretender mirar el arbitraje de inversiones para, supuestamente, solucionar los problemas del arbitraje en la contratación pública, es un grave equívoco». Y es que, sostiene, el Estado peruano «tiene un sistema de contratación pública totalmente ineficiente, costoso y lento. Se sabe perfectamente que un número significativo de casos ya vienen direccionados. Las normas sustantivas aplicables son formalistas, costosas y muchas veces poco claras. ¿Y se quiere más transparencia en los arbitrajes? ¿No basta con tener que publicarse los laudos? El sistema de arbitraje inversiones a partir de varios TLC que exigen que todo el arbitraje sea público es sumamente costoso de administrar. ¿Eso se quiere trasplantar al arbitraje local? ¿Quién asumirá los ingentes costos de esto? [El] OSCE ni siquiera puede mantener al día la información de lo que hoy malamente administra».

Artega sostiene que en los capítulos de contratación pública de diversos acuerdos comerciales o tratados de libre comercio «no existe un mecanismo específico para la solución de controversias surgidas durante la ejecución de los contratos, a diferencia de lo que sí se da respecto de la fase de selección, con lo cual se entiende que se aplica lo establecido en cada normativa nacional (en nuestro caso, la conciliación y el arbitraje, en otros será una instancia judicial o una autoridad administrativa, generalmente imparcial, especializada y de alcance nacional). No obstante lo señalado, cabe indicar que el arbitraje sí ha sido específicamente establecido en el capítulo de inversiones como mecanismo para solucionar controversias entre particulares (inversionistas) y un Estado. En tal sentido, habrá que estar a si se ha producido la afectación de un activo que se enmarque dentro del concepto de inversión para que se pueda aplicar dicho capítulo. Por lo pronto, de acuerdo a la definición establecida en los TLC, las concesiones y los contratos de construcción sí constituirían inversiones (no así los contratos de bienes y servicios), pero no todo conflicto sería materia de arbitraje (según el capítulo de inversiones), como es el caso de una no ampliación de plazo o la no aprobación de un adicional, a diferencia del no pago de la contraprestación o la requisa de una maquinaria. Como sea, lo cierto es que el sistema peruano ya ha concebido el arbitraje para solucionar conflictos que surjan durante la ejecución de los contratos públicos, sin tener que examinarse si una situación constituye o no una inversión, lo cual constituye otra de las fortalezas mostradas por la normativa peruana durante la negociación de los acuerdos comerciales que se tienen vigentes a la fecha. La idea es mejorarla, mas no empeorarla, como ha venido sucediendo la última década».

Kundmüller recuerda que «el Estado peruano ha promovido la negociación y ratificación de una cantidad importante de tratados internacionales, que incluyen la regulación de competencias arbitrales especializadas como medio de solución de controversias, tal como ha ocurrido en el caso de los tratados bilaterales de inversiones y en los capítulos de inversiones de los tratados de libre comercio», al tiempo que destaca que «el Estado peruano es un litigante generalmente exitoso y eficiente en materia de arbitraje internacional de inversiones, contando también con normativa administrativa especializada sobre la materia, a lo que se suma la ratificación, también hace muchos años, de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, así como de la Convención de Panamá o el tratado del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Inversionista Estado, *Ciadi*, entre otras». Además, plantea que «hay varias diferencias técnicas, pues como hemos señalado, en el caso del arbitraje en contratación pública estamos ante un arbitraje nacional, mientras que en el de inversiones estamos ante un arbitraje internacional que generalmente deriva de la aplicación de un tratado de promoción y protección recíproca de inversiones o de un capítulo de inversiones previsto en un tratado de libre comercio». Agrega que, por el lado de la gestión de los arbitrajes y de los medios de solución de controversias, «existen diferencias importantes. En el

caso específico de las controversias en inversiones, el Perú ha innovado mediante la creación del Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión, Sicreci, sistema que habría «devenido en la gestión exitosa de los arbitrajes en inversiones, incluyendo una etapa previa de solución de las controversias, con la participación de todos los sectores involucrados y por la vía del trato directo, que implica la centralización en la tarea de desarrollar la estrategia de defensa del Estado en este tipo de controversias». Destaca que en el periodo 2011-2015, «el Perú fue condenado a pagar indemnizaciones por solo el 0,002 por ciento del total reclamado en su contra». Por otro lado, «en el arbitraje en contrataciones, generalmente la defensa de los casos está a cargo de las procuradurías correspondientes a cada sector» y en este ámbito un 24,8 % de las veces que demandan al Estado «no recibe condena alguna». Finaliza señalando que «en el caso de contratos de cuantías mayores, tal vez podría evaluarse un sistema de gestión centralizado de arbitrajes parecido al Sicreci, pero eso debería de definirse a partir de un estudio que permita determinar las ventajas y la viabilidad de dicha centralización».

## **7. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA: MODIFICACIONES PERMANENTES Y MAYORES RESTRICCIONES, ¿UNA SOLUCIÓN ADECUADA A LOS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN?**

Cantuarias critica frontalmente la sobreregulación del arbitraje en contrataciones del Estado, afirmando que en 1998 «el sistema partía de considerar que existían dos etapas muy distintas: 1) la administrativa; 2) la contractual. Esta segunda etapa permitiría el arbitraje en su plenitud, respecto de todas las controversias, al amparo de la moderna Ley de Arbitraje en ese momento vigente. Hoy gracias a las nefastas “Leyes de Contrataciones” que, casi como deporte, aprueba cada gobierno de turno, esta clara separación ha desaparecido, hoy cada vez se arbitran menos materias, con cada vez más absurdas reglas arbitrales “particulares” ajenas a la práctica del arbitraje. Cada vez que se aprueba una Ley de Contrataciones el sistema es peor que el anterior». Y esto generaría que «el Estado ha partido absurdamente la torta en dos: temas contractuales que se deben someter al arbitraje y temas contractuales que por arte de magia vuelven a ser “administrativos” y se tienen que someter al contencioso administrativo. Esto es realmente absurdo».

Albán afirma que «sujetar el arbitraje en contratación pública a los criterios y racionalidad propia de nuestra Administración en sus términos más ortodoxos genera esos sesgos. Eso ha ocurrido ya con cerca de dos decenas de normas de contratación pública que han “manoseado” lo relativo al arbitraje que de allí se deriva. El típico funcionario guarda una racionalidad de actuación ajena a la lógica con la que debieran desarrollarse los arbitrajes. La discrecionalidad para optar por lo razonable se pierde casi por completo para ceder a rigideces para evitar cualquier sanción o eventual imputación de responsabilidad por parte de los organismos de control».

Guerinoni cree que «ha habido aciertos y muchos desaciertos, idas y vueltas que lo único que generan es inseguridad jurídica. No creo que haya sido un remedio. Mi impresión es que la contratación pública es un tema que interesa sobremanera a los gobiernos de turno, por eso tantos cambios con poca base técnica y muchos intereses políticos. Con la última normativa, en mi opinión, han existido aciertos como la acumulación de pretensiones y la oportunidad de resolver las defensas previas cuando su fundabilidad impida ingresar al tema de fondo. Lo negativo es el RNA-OSCE que limita y perjudica, contradictoria y especialmente al propio Estado para la designación de árbitros con experiencia y reputación reconocidas».

En este punto, Wong tiene una mirada particular, pues afirma que «los males que se querían combatir [con la permanente modificación de normas] eran la demora en la resolución de los conflictos de contratación pública, la falta de especialización y la corrupción en el Poder Judicial», destacando que quizá «se haya acelerado la resolución de conflictos, pero no estoy seguro de si realmente tenemos decisiones de mayor calidad y con menos posibilidades de corrupción». Es más, plantea que «aunque algunos discursos ideologizados quisieran mostrarlo así, [la corrupción] no está presente solo en la función pública, sino también en la actividad privada y el arbitraje de contratación pública parece

bastante permeable a este tipo de problemas», precisando, además, que los arbitrajes corruptos «no comenzaron con Odebrecht y, por supuesto, tampoco han terminado con ella». Es más, destaca que «decenas de árbitros resolviendo sobre los mismos temas no nos ha permitido recoger criterios para mejorar la ley. Las modificaciones, en todo caso, se han producido para evitar que los árbitros mal utilicen la Ley».

Por su parte, Cantuarias reitera que los permanentes cambios normativos en relación con el arbitraje en contratación pública son un «verdadero desastre, demostración del nulo entendimiento de lo que es un arbitraje y del interés cada vez más marcado del Estado de buscar situaciones de privilegio», pues se mete «a la Contraloría (como si fuera una jurisdicción) para limitar las controversias».

Gandolfo manifiesta que hay leyes como la de contrataciones «que deben ir incorporando las reformas cuya necesidad se pone de manifiesto a través de su aplicación práctica. No está bien que se aprueben nuevas leyes que repiten los mismos textos con ligeras variantes. Lo mejor es que esas ligeras variantes se introduzcan en las leyes existentes. No creo en la excesiva regulación. Es más, en materia de solución de controversias en la contratación pública pienso que debería remitirse todo a las leyes especiales de arbitraje y de conciliación y no entrar en mayores detalles, como se hizo con la primera Ley n.º 26850 cuyo proyecto elaboré personalmente».

Albán coincide al considerar que «tantas modificaciones han sido excesivas y, en buena medida, han sido producto de no haber establecido desde un principio una regulación especial para los arbitrajes derivados de la contratación estatal que, obviamente, parten de supuestos muy diferentes a los que han dado lugar al arbitraje comercial o entre partes privadas. En esa medida, se ha pretendido cuidar el interés del Estado adoptando al efecto diversas medidas tendientes a poner límites a las atribuciones de los árbitros y garantizar al mismo tiempo su idoneidad. Dichas medidas, sin embargo, lejos de cumplir con tales objetivos, han resultado contraproducentes por cuanto, de un lado, han burocratizado el arbitraje, sometiéndolo a una excesiva regulación y, de otro, han generado condiciones para apartar a un mayor número de árbitros con calificación y trayectoria impecable al pretender asegurar su integridad mediante exigencias absurdamente formales, ajenas a cualquier procedimiento serio que busque asegurar altos niveles de integridad entre aquellos».

Jiménez cree que «una regulación restrictiva, en general, no disuade al corrupto, solo lo hace encontrar caminos más sofisticados. Más bien las regulaciones muy restrictivas pueden servir de desincentivo al árbitro decente, especializado, correcto. Obligar a que el árbitro salga de una lista específica creada, organizada y vigilada por una entidad pública genera más problemas y ha demostrado su ineficiencia, empobreciendo precisamente las posibilidades de las entidades de contar con árbitros de prestigio para elegir; las reglas que obstaculizan a los contratistas a solicitar medidas cautelares también han demostrado no solo ineficacia, sino desigualdad, arbitrariedad y vulneración a sus derechos. Se prioriza el arbitraje institucional, pero no se enfrenta el problema de la creación indiscriminada de centros de arbitraje. Y la lista sigue. Por eso, la regulación excesiva, sin un norte bien enfocado (esto es, regular por regular), termina siendo tan inútil como perjudicial».

León dice que «se estima que la regulación se ha modificado cada 18 meses en promedio. Esto no refleja sino la inestabilidad legislativa y la idea según la cual mientras más se reglamente la actividad de compras públicas, y la de [...] los árbitros, más “seguridad jurídica” tendremos. Esto es falso. El reglamentarismo no conduce a obtener efectos positivos. Lo que necesitamos es tribunales arbitrales íntegros y especializados que sepan tomar decisiones legales, razonadas y razonables».

Rojas afirma que cuando asumió la presidencia del OSCE todo lo relacionado al arbitraje en contratación pública sufría una crisis, «se cuestionaba mucho, se tenía la percepción de que el Estado siempre perdía. [...] había muchas voces que decían por ahí, en el Congreso inclusive, que se volviera al sistema del Poder Judicial. Hay que destacar que desde que se dio la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el Perú era el único que tenía el sistema arbitral como mecanismo obligatorio. En otros países de América Latina y el Caribe, el arbitraje estaba como mecanismo facultativo. El Perú se arriesgó a hacerlo obligatorio. Sin embargo, no se fue construyendo como un arbitraje particular,

diferente. Ese era uno de los objetivos [...] Entonces, lo que hicimos es tratar de construir un concepto que fuera más hacia lo público que hacia lo privado». La publicidad de los laudos no se cumplía, por ello se buscó obligar a que se publicaran los laudos, condicionando la eficacia de los laudos a su publicación, «a efectos de obtener esa información y poder sistematizarla, procesarla [...] El Presidente de la República me pregunta si es cierto que el Estado siempre pierde. Y le dije que no sabía». Al momento que asumió el cargo de presidenta, habían pasado años de aplicación de la norma de 2003 al 2011 y «había solo 250 laudos registrados, presentados. Con 250 laudos no se puede hacer una estadística».

En relación con la publicidad de los laudos, creo que es un error de la normativa el mantener las formas de notificación física y a través del Seace. Debería, siempre sobre la base de que el sistema lo soporte amigablemente, y con plena seguridad y los respaldos tecnológicos necesarios, establecerse como única forma de notificación la publicación del laudo en el Seace.

#### **8. ¿POR QUÉ TANTAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA? ¿SERÁ EL ARBITRAJE PARTE DE ESOS PROBLEMAS? ¿HAY UN USO EXCESIVO DEL ARBITRAJE?**

Wong afirma que no existen estudios que expliquen o ayuden a entender, por lo menos, por qué existen tantas controversias en materia de contratación pública. Precisa que «solo tenemos hipótesis porque no existen estudios de campo. *¿Por qué litigo más? Porque, muchas veces, el negocio no está en la obra, sino en las indemnizaciones o ventajas que puedo obtener a través del arbitraje*». Es más, señala que si esta hipótesis fuera cierta, «nos encontramos ante una tormenta perfecta. El contratista quiere arbitrar y la entidad o, mejor, los funcionarios también, porque todo lo que ordene pagar el laudo los exoneraría de la responsabilidad correspondientes».

Por su parte, Cantuarias señala que la respuesta no es difícil y se trata del «sistema de contratación del Estado vergonzoso. Una burocracia sin preparación, una Contraloría que no fomenta más que malas prácticas. Este arbitraje, si aún se le puede llamar así, está hoy en manos de miles de abogados ignorantes en la institución, que administran procesos larguísimos y formalistas al estilo judicial», pues en materia de contrataciones del Estado, los árbitros en este país, «casi en su totalidad, lo que hacen es un juicio».

Albán concluye que existe «una sobre-regulación en este campo, que torna excesivamente compleja cualquier contratación, generando condiciones favorables para dificultar un mayor número de postores y márgenes más amplios de impugnación de procesos, por cuestiones absolutamente nimias. De otro lado, pretendiendo una mayor protección de los intereses estatales se complejizan los términos contractuales al tiempo de crear los más amplios incentivos a los funcionarios a cargo, para que adopten posiciones rígidas, con frecuencia poco razonables, a fin de evitar cualquier imputación por negligencia o alguna modalidad de delitos contra la Administración Pública». Por ello, afirma, es necesario «asumir una lógica privatista que ceda más ante lo razonable y el funcionario dotado de mayor discrecionalidad, actúe bajo una regulación que lo aparte (y lo proteja en esa medida) de la racionalidad propia de la administración pública y sus mecanismos de imputación de responsabilidades, como ocurre con el arbitraje internacional para las inversiones».

Corrales afirma que las fuentes que originan las controversias en la contratación pública son muy diversas. «Algunas de esas fuentes ya han sido advertidas hasta el cansancio, tal como el deficiente nivel de elaboración de los expedientes técnicos, fuente de multiplicidad de controversias en obra pública. Sin embargo, me interesa destacar dos fuentes de controversia cuya trascendencia muchas veces es obviada y que fruto de mi experiencia he podido constatar. *La primera está referida a la falta de precisión con la que muchas veces son elaboradas las especificaciones técnicas y términos de referencia, base de los futuros contratos*. Esta deficiencia, mucho más común de lo que podría pensarse, no solamente incrementa sustancialmente las controversias en la fase selectiva, sino que también contribuye enormemente a la formación de controversias en la etapa de ejecución contractual. Muchas veces los funcionarios a cargo de la labor de definición de tales especificaciones no caen en cuenta de la gravitante importancia

que esta tiene, para disuadir la formación de conflictos posteriores, muchos de los cuales surgen por la imprecisión o ambigüedad con la que las mismas son redactadas. *La segunda fuente de controversias que me interesa destacar es el poco interés que le ponen muchas entidades a la etapa de gestión de los contratos.* En muchas entidades se concentra la mayor parte del interés y los recursos logísticos en la organización de los procedimientos de selección, asignando los mejores recursos humanos a esa tarea, pero se desatiende enormemente la administración de los contratos, especialmente de aquellos que requieren la participación activa de las entidades para que la finalidad de los contratos se cumpla. *Es cierto que hay contratistas incumplidos e irresponsables, pero esa no es la regla, y por una cuestión elemental: no es negocio para los proveedores honestos incumplir sus contratos. Les conviene cumplirlos, pues eso les permitirá cobrar sin problemas por sus servicios y acceder a otros contratos.* Pero muchas veces un contratista que quiere cumplir su contrato no encuentra en su contraparte estatal el nivel de colaboración que se requiere para la ejecución eficiente del mismo y, como es previsible, ello derivará en controversias jurisdiccionales donde ambas partes se echarán la “culpa” de sus respectivas negligencias. Pero el resultado será invariablemente el mismo: la deficiente atención de las necesidades sociales que la contratación estaba destinada a servir».

Kundmüller insiste en que «la gestión de los contratos tiene que estar en manos de funcionarios especializados, donde exista una mínima improvisación y un máximo de preocupación por la calidad y el prestigio de todo el flujograma de tareas inherente al contrato, desde la formulación del requerimiento en el área respectiva hasta la liquidación del contrato luego de su ejecución».

Hernández afirma que las controversias se suscitan porque la normativa y los contratos «son de naturaleza adversarial, pero no solo es la rigidez lo que atrasa los proyectos, sino el temor de los funcionarios y supervisores de negar, sin sustento, los reclamos de los contratistas». En tal sentido, señala que debe acogerse en la normativa «otros sistemas de entrega de obra distintos al tradicional (diseño-licitación-ejecución). Para ello, la normativa debe incluir y desarrollar otros, pero bajo un marco más flexible como los contratos colaborativos tipo Fidic, NEC, etc.». Esto permitirá «una asignación de riesgos balanceada, KPI (*key performance indicator* o indicadores claves), alertas tempranas, involucramiento temprano del contratista en el proyecto, gestión de riesgos conjunta (búsqueda de soluciones y no de culpables, actualización), etc., con el propósito de evitar los conflictos entre las partes, buscando soluciones colaborativas que favorezcan a los interesados y a los objetivos principales».

Salinas afirma que las controversias en obras tienen diferentes orígenes como pueden ser, primero, «expedientes técnicos deficientes que generan consultas, modificaciones, etc., que muchas veces la entidad argumenta deben ser asumidos por los contratistas»; segundo, «contratistas inexpertos que se adjudican contratos y generan controversias sin tener sustento, como reclamar pagos que no les corresponden»; y, tercero, «funcionarios y servidores públicos inexpertos que generan controversias en forma innecesaria como denegar ampliaciones de plazo que sí corresponden».

Jiménez afirma que el arbitraje «no es parte del problema. Es la solución, o una de las formas de dar solución, a los problemas. Los problemas son antes y el arbitraje es después. ¿Cómo va a ser parte del problema? La cuestión parte por el principio: expedientes técnicos mal hechos, dificultades que podrían solucionarse, pero la habitual reticencia a hacerlo ante el temor de todo o casi todo funcionario público a “caer en manos” de un órgano de control formalista, estrecho de visión, que a su vez también teme a sus propios controladores. De no ser por esto, una enorme cantidad de controversias no tendrían que ir a arbitraje, y la finalidad de la obra, servicio o compra pública se alcanzaría sin demoras, penalidades, resoluciones contractuales, etc.».

Rodríguez afirma que «hay contratos que por su naturaleza van a generar controversias como, por ejemplo, la construcción de una obra. Mientras más compleja la construcción, más controversias pueden existir». Pero otra situación que también «ha generado un incremento en las controversias es el temor de los funcionarios de negociar con los proveedores que podrían resolverse de una manera autocompositiva, pero dado que luego están sujetos a acciones de control y a posibles denuncias prefieren que todo sea resuelto por los árbitros».

León dice que «El reglamentarismo, por un lado, y las potestades exorbitantes de la Administración Pública cuando contrata con proveedores privados, por otro lado, es lo que genera tantas controversias».

Gandolfo afirma que *la mayoría de controversias «se generan porque las entidades no les reconocen a sus proveedores lo que les corresponde pese a ser conscientes de que su reclamo es perfectamente procedente. No les reconocen sus reclamos porque, muy probablemente, si lo hacen, más temprano que tarde serán investigados y eventualmente procesados. Nadie quiere terminar sus días defendiéndose de acusaciones absurdas que no conducen a nada. Vistas así las cosas, podría creerse que por la vía del litigio en efecto se consiguen resultados que no se conseguirían de otra forma. Pero no es el caso. Los proveedores recurren al arbitraje cuando ya no tienen ninguna otra opción porque es una alternativa finalmente onerosa que encarece la reclamación. Los actos ilícitos y la corrupción por eso mismo, por lo general, prefieren otras vías más amigables».*

## 9. PROBLEMAS DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA

«Discrepar es otra manera de aproximarnos».

*Alberto Flores Galindo*

### 9.1. Instituciones arbitrales

Kundmüller destaca que los centros arbitrales «tienen un rol importante como prestadores de servicios, pero también como promotores, difusores y capacitadores en la materia, a lo que se suma el hecho de que, por estar permanentemente dedicados al tema, contribuyen a mejorar las prácticas y perfeccionar las reglas a aplicar en los arbitrajes, administrando no solo servicios, sino también listas de árbitros, modelos de administración y organización de los arbitrajes, etc.» y «deben seguir trabajando con plena autonomía y buscando mejorar permanentemente la calidad de sus servicios. Se han producido avances sustantivos en los últimos 15 o 20 años, incluyendo la aplicación de tecnologías de la información y comunicaciones. Tal como se viene dando esa dinámica, probablemente la tendencia de mejoramiento en la calidad de los servicios se mantenga en la medida que la competencia entre los centros también se mantenga». Destaca que los centros *«siguen un esquema interesante de autorregulación, en tanto que al competir entre ellos perfeccionan su funcionamiento institucional, para así consolidar su prestigio. En consecuencia, introducir elementos de control para limitar la autonomía de los centros perjudicaría esa dinámica».*

Rodríguez afirma que las instituciones arbitrales «deben tener un rol preponderante en la organización y desarrollo del arbitraje en contratación pública. Deben tener profesionales preparados para orientar a las partes e incluso a los árbitros en el avance de las actuaciones arbitrales. Considero que la normativa de arbitraje no ayuda a fortalecer a las instituciones arbitrales, por lo que aún estamos rezagados en el rol que debería cumplir que es garantizar la eficiencia del arbitraje».

Albán destaca como un problema el rol de las instituciones arbitrales, pues señala que *«debieran participar exclusivamente instituciones acreditadas ante el OSCE o el Ministerio de Justicia. «Los criterios para la acreditación debieran incluir que se trate de personas jurídicas con un soporte institucional sólido. Deben ser las responsables de que los árbitros incluidos en sus listas sean idóneos en el más amplio sentido del término, sometiendo su permanencia en las mismas a una evaluación continua».*

Corrales, destacando la importancia de las instituciones arbitrales como actores en el arbitraje, afirma que «no existen mayores exigencias para constituir una institución arbitral y ello, para no decir que no existe exigencia alguna». Y es que, dado que «Perú decidió asignar al arbitraje, de forma obligatoria, el enorme universo de contrataciones estatales, lo mínimo que debe asegurarse es que las instituciones arbitrales que aspiren a administrar litigios en esta materia cumplan estándares mínimos de calidad y transparencia. Entonces la labor de las instituciones arbitrales es fundamental. Pero ha sido recién con la Ley n.º 30225 (es decir, luego de más de veinte años de la Ley n.º 26850) que se creó un sistema de acreditación de instituciones arbitrales destinado a procurar asegurar un mínimo



de condiciones para las instituciones arbitrales que administran arbitrajes en contratación estatal. Sin embargo, el sistema de acreditación nunca llegó a ver la luz. Todo quedó en buenas intenciones».

Guerinoni señala, en relación con el Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE, «que está muy bien que se haya reducido a su mínima expresión. Su rol es importante para aquellas controversias de menor cuantía en contratos de bienes y servicios, ya que recurrir a los centros más importantes y reconocidos podría ser sumamente oneroso para las partes constituyendo una barrera de acceso a la tutela arbitral» y, en relación con el rol de las instituciones arbitrales, afirma «que deben transparentar la conformación de tribunales arbitrales en arbitrajes en los que participa el Estado incluyendo las partes que intervienen. Asimismo, deben transparentar los criterios para amparar o no recusaciones. También creo que debe existir algún parámetro y requisitos para la constitución de centros arbitrales. He sabido de “centros” en provincia cuya actuación no es la más idónea».

Salazar dice que no encuentra «un fundamento de peso para eliminar la administración de arbitraje por el OSCE [...], pues el argumento de que no corresponde al rol central del OSCE, lo considero insuficiente. Ello implicaría que, por competencia general, tendría que ser administrado por el Ministerio de Justicia, lo cual habría que evaluar políticamente, por cuanto dicho ministerio también tiene a su cargo la designación de procuradores públicos».

Kundmüller señalaba que en el caso del *nuevo reglamento de arbitraje* del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú, «se ha incluido la función de escrutinio del laudo arbitral, antes de ser notificado a las partes, introduciendo así un espacio de control de calidad institucional de los laudos», que es «una función similar a la que practica la CCI conforme su Reglamento. Entre estas nuevas reglas y su combinación con las reglas referidas a recusación de árbitros y requisitos para incorporación de profesionales a los registros de árbitros se ha generado un conjunto de dispositivos que permitirán mejorar la labor de prevención de posibles casos de corrupción». En efecto, el artículo 43 del Reglamento establece como requisito para la válida emisión del laudo arbitral, que el tribunal arbitral someta a escrutinio de la Corte el proyecto correspondiente sobre el cual la referida Corte «podrá realizar las recomendaciones que considere pertinentes al contenido del laudo, respetando la libertad de decisión de los árbitros».

## 9.2. *Árbitros: nóminas y Registro Nacional*

Albán considera «que la designación de los árbitros debe contribuir con su absoluta imparcialidad e independencia, por lo que cabría plantear una fórmula por la que las partes puedan seleccionar a los mismos a partir de una terna propuesta por el centro de arbitraje elegido. Complementariamente, las instituciones arbitrales deben trabajar intensamente en elevar los estándares éticos exigibles en estos arbitrajes, fortaleciendo sus órganos de vigilancia y disciplinarios en este ámbito».

Corrales apunala que «de existir un sistema de acreditación eficiente, se tendría suficiente garantía sobre la seriedad y transparencia de los mecanismos de las instituciones arbitrales para admitir profesionales a sus nóminas de árbitros y para designarlos en los procesos arbitrales que les correspondan». Plantea la necesidad de advertir «que cada institución arbitral decide a qué profesionales admite a su nómina de árbitros, bajo qué parámetros evalúa su admisión, qué condiciones exige para su permanencia, qué criterios son los que condicionan su designación para cada caso, etc.», y no cree «que haya sido nada positivo que el acceso a las nóminas de árbitros y los mecanismos de designación hayan estado absolutamente desregulados. Y en la práctica lo siguen estando. ¿O es que acaso podemos estar seguros de que hoy en día no hay instituciones arbitrales que admiten árbitros a sus nóminas o designan árbitros por criterios como la amistad o la pertenencia a la región o quien sabe que otros “criterios”, en lugar de privilegiar criterios eminentemente técnicos? Y lo peor es que ni siquiera están obligados a publicitar sus criterios para admisión o designación. ¿Tenemos idea de cuánto espacio se puede abrir así para arbitrajes amañados?».

Cantuarías cuestiona la creación del Registro de Árbitros del Estado, «quienes, si no se portan bien, pueden ser sancionados por el OSCE. Se dispone que, en caso haya que designar a un árbitro único o a un presidente del tribunal arbitral cuando no haya acuerdo de los coárbitros, ese árbitro que



debe ser absolutamente imparcial e independiente de las partes deberá ser elegido de la “lista de árbitros del Estado”».

Afirma Salazar que sería muy bueno «que se solucione legislativamente una nueva fórmula para la incorporación de árbitros en el RNA, que no sea tan rígida como hoy, en que la ley obliga a rendir examen de conocimientos a toda persona que debe estar inscrita en el Registro Nacional de Árbitros».

### **9.3. *Indebida actuación de árbitros***

Rojas señala que se implementó durante su gestión, con ayuda del BID, un sistema de información de árbitros. «Ya había nociones, informaciones de árbitros que estaban actuando contra el principio de prelación normativa, por ejemplo, de manera no neutral, de manera no objetiva [...] Ya sabíamos de malas prácticas de varios árbitros. Lo que queríamos era que sean las entidades o los privados los vigilantes respecto de los árbitros que tenían mayores recusaciones, cuyos laudos habían sido declarados nulos por el Poder Judicial».

### **9.4. *Falta de especialidad de los árbitros***

Salinas afirma que a partir de su experiencia podría decir que un problema del arbitraje es el de «dos árbitros sin experiencia en contratos de obras públicas», pues no se requiere «que el árbitro tenga determinada especialidad para asumir en un tribunal. Yo en particular he estado en un par de tribunales donde uno de los árbitros nunca en su vida había arbitrado sobre obras».

Corrales apunta que se presentan «dos realidades indeseables: por un lado, muchos árbitros con una cantidad enorme y prácticamente inmanejable de procesos arbitrales a su cargo y, por otro lado, muchos profesionales no expertos en contratación pública fungiendo de árbitros en dicha materia. El resultado sería obvio: lentitud en muchos procesos y falta de rigor técnico en tantos otros».

### **9.5. *Falta de transparencia y predictibilidad***

Wong destaca como *principal problema en el arbitraje, su opacidad*. «Los laudos no se comentan en las revistas, no se estudian en los cursos de contratación pública. La crítica intraarbitral prácticamente no existe. No se publicitan los criterios distintos, no existen discusiones —por lo menos yo no las conozco— respecto a distintas interpretaciones de la normativa de contratación pública». Y la sola publicación de los laudos no mejora nada, pues es como si dijéramos «que la sola publicación de las sentencias hace más transparente la labor de los jueces. *Si nadie lee los laudos, si nadie critica los laudos, si las revistas no tienen secciones sobre los criterios expresados en los laudos, la publicación por sí sola no sirve de nada. Son datos, no información*».

Kundmüller precisa que el tema de los «precedentes» reviste importancia «en el mundo del derecho en general. Y ocurre algo muy especial, por ejemplo, en el arbitraje en inversiones los precedentes no son vinculantes, pero todos los litigantes los citan en el ámbito del litigio internacional especializado en la materia, cuando eso resulta conveniente para su argumentación» y, según su apreciación, algo similar «ocurre, en otra escala, en el caso de los laudos arbitrales en materia de contratación pública emitidos en el Perú. Es decir, sin ser obligatorios, al haber sido publicados, se convierten en una fuente citable para reforzar la capacidad de argumentación de las partes, de la misma forma que se cita doctrina o normas legales».

Corrales precisa que la principal dificultad práctica que enfrenta el arbitraje en contrataciones del Estado «es la absoluta ausencia de mecanismos que incentiven la predictibilidad en las materias de fondo sometidas a decisión arbitral. Simplemente, no existe ningún mecanismo que incentive la predictibilidad en dichas materias y cada tribunal adopta decisiones para cada caso concreto, y muchas veces incluso en contradicción con criterios expuestos por los mismos árbitros en casos esencialmente similares. Esto resulta, sin duda, una debilidad sistémica».

Arteaga, en esta misma línea, afirma que «la ausencia de predictibilidad representa, junto con la falta de celeridad, una de las mayores dificultades que padece el arbitraje en contratación pública. Ello deriva, generalmente, de la carencia de conocimientos de muchos árbitros de la normativa especial que deben utilizar para resolver las controversias que les son sometidas. Al respecto, el OSCE y los centros arbitrales deberían desempeñar un rol más proactivo ya sea para sistematizar los laudos y/o unificar los criterios utilizados a modo de jurisprudencia arbitral».

Wong manifiesta que es asombroso «que no existan criterios jurisprudenciales medianamente conocidos producto de la práctica arbitral. Si revisamos los laudos Ciadi o, incluso, los laudos de arbitraje comercial internacional, estos se citan entre sí, se han formado criterios compartidos o una jurisprudencia persuasiva por la calidad de los argumentos».

Rodríguez afirma que no cree adecuado que se desarrollen precedentes de observancia obligatoria para el arbitraje en contratación pública, «pues cada situación puede presentarse de manera distinta, sin embargo, sí creo que podría presentarse alguna regla o criterio definido ante una situación determinada y en todo caso el árbitro podría justificar o sustentar su apartamiento».

Salazar considera que «la construcción de predictibilidad en materia arbitral, así como la evolución ordenada de criterios para los pronunciamientos, requiere contar con actividades de análisis, clasificaciones y evaluaciones»; sin embargo, es difícil lograr que se establezcan precedentes vinculantes, «por cuanto se entiende que los árbitros están todos en el mismo nivel y no existe una autoridad integradora [...] Lo que sí, creo, que podría hacerse es que, sobre la base de los análisis que se efectúen, se elaboren proyectos de normas legislativas, con el propósito de positivar (es decir, convertir en norma expresa) los criterios logrados de la actividad arbitral».

Rojas afirma que la falta de predictibilidad constituye otro problema, pues no se sistematizan los laudos, de forma que permita conocer de antemano las tendencias «y que los árbitros tengan alguna obligación de interpretar determinadas situaciones bajo estas tendencias o, por lo menos, la obligación de aplicar el principio de prelación. Yo he visto laudos que se van de frente al Código Civil o árbitros que deciden no sobre la Ley de Contrataciones, sino sobre el Código Civil o la Ley de Procedimiento Administrativo». Precisa que sería importante establecer precedentes, de repente las mismas cortes de los centros de arbitraje podrían «tratar de construir esa predictibilidad».

El problema de la falta de predictibilidad, más allá de que en el ámbito privado y desde una mirada contractual del arbitraje pueda resultar poco relevante, tratándose de controversias en el ámbito de la contratación pública resulta por demás relevante. La realidad actual muestra que los laudos arbitrales que se emiten en contratación pública parecen constituir islas incomunicadas en un archipiélago infinito.

### **9.6. Falta de celeridad**

Salazar plantea que «en diversos casos, al iniciarse el arbitraje, la ejecución del contrato se desacelera o se detiene, o se efectúa dentro de un escenario de ejecución paralizada. Ello muestra un límite, respecto de alguna fórmula —como la JRD— que permita continuar el contrato».

Hernández cuestiona que los arbitrajes sean poco expeditivos, por lo que demoran mucho «lo cual no se condice con la necesidad de tener una decisión oportuna para entregar la obra o finalizar el contrato, por lo que, se debería efectuar algunos cambios que hagan a este sistema de solución de controversias más ágil en sus pronunciamientos», toda vez que una decisión tardía «afecta al proyecto sobre todo cuando está en la etapa de ejecución. Creo, también, que no se ha delimitado la cantidad de arbitrajes, asimismo, la legislación, cada vez se ha tornado más rigurosa en la admisión de nuevos árbitros sin considerar la necesidad de contar con una masa crítica competente y eficiente», por lo que algunos árbitros tienen una carga excesiva.

Arteaga afirma que el mayor problema del arbitraje es «*la excesiva demora en la solución de los casos sometidos a arbitraje*», la cual se debería a «*la falta de regulación*». Sostiene que, en materia de contratación pública, «*la oportunidad en que se deben tomar decisiones es primordial, es parte de la esencia de la especialidad*. Es imprescindible que se establezcan plazos dentro de los cuales los árbitros deban decidir y laudar», para lo cual «*resultaría necesario evaluar la pertinencia de limitar el número de casos que a la vez pueda tener un mismo árbitro “en stock”*».

### 9.7. Deficiente defensa del Estado

Cantuarías afirma que todo en el arbitraje en contratación pública es un problema. «Desde las propias leyes de contrataciones y sus reglamentos que sobrerregula cada vez más este arbitraje, sin saber siquiera lo que se supone que buscan regular, pasando por un OSCE burocrático e ineficiente». Y concluye que son muy pocas «*las entidades que luego de tantos años se pueda decir que saben de arbitraje, que se comportan correctamente en un arbitraje y que son eficientes en la proposición de sus posiciones y en la producción probatoria*».

Con un enfoque más en la línea de gestión pública, Rojas afirma que es lamentable «*el nivel tan bajo de defensa del Estado. Las procuradurías o las oficinas de asesoría legal viven un poco divorciadas de la ejecución, de la gestión administrativa, de la gestión de los contratos. Entonces, su defensa es muy pobre*. No se dan el tiempo, porque el día a día te gana. No se dan el tiempo de analizar bien los problemas con el área usuaria o con el órgano encargado de contrataciones de analizar bien los problemas. Poco pueden hacer [...] En la mayoría de los casos las empresas privadas están más empoderadas, desarrollan mejor sus capacidades y, por lo tanto, pueden defenderse mejor».

En una línea similar, Corrales afirma que el arbitraje «*requiere de partes que sepan actuar en él, con conciencia además de que su actuación deficiente es irreversible, pues en materia arbitral la decisión de fondo no es revisable. No hay segundas oportunidades. La decisión que tome un solo árbitro (en casos de árbitro único) tendrá similar valor al que, en la vía jurisdiccional ordinaria (que es la que suele usarse en el mundo para ventilar estas materias), hayan pasado por la revisión y decisión de un juez local, tres jueces superiores (vía apelación) y cinco jueces supremos (vía casación)*». Lamentablemente, «*muchas entidades (especialmente de nivel de gobierno local, muchas de las cuales ni siquiera tienen procurador propio) carecen de profesionales que tengan algún conocimiento de la mecánica arbitral y del rol protagónico que están llamados a tener las partes intervinientes en el mismo (desde la propia definición de las reglas procedimentales), además de su desconexión con las áreas que estuvieron a cargo de la gestión de los contratos y de formación especializada en materia de contratación estatal*. Aquí hay un tema pendiente para el Consejo de Defensa Jurídica del Estado, que requiere de atención más que urgente».

Guerinoni piensa que la participación del Estado en arbitrajes ha mejorado mucho, «*especialmente en aquellas entidades que tienen mayor experiencia en arbitraje. La creación de la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes es muy acertada, es necesario tener procuradores especializados en materia arbitral. El problema está en las entidades de provincia que no conocen la lógica arbitral y muchas veces intentan “judicializar” al arbitraje. Falta mucha capacitación en provincias*».

Kundmüller considera que «*se ha avanzado mucho en la práctica arbitral, generando competencias y afinando el desenvolvimiento de la defensa, en especial, en sectores específicos del Estado donde se litiga arbitralmente con mucha frecuencia*», además que «*existe un gran interés y vocación por perfeccionar las prácticas en el ejercicio de la defensa y creo que eso es algo encomiable. Además de eso, en mi experiencia, he podido ver que las procuradurías también son espacios de formación para los litigantes arbitrales que pasan después a trabajar en el sector privado*».

### 9.8. «Administrativización» del arbitraje

Kundmüller sindicó que «*de una revisión de la web institucional [del OSCE] se aprecia que hay nueve directivas y un anexo dedicado al “árbitro de emergencia”, con lo que la profusión normativa pone en*

*evidencia una mayor “administrativización”, que ha crecido significativamente desde el año 2010 y que en la práctica genera confusión al usuario» y, poniéndose en el lugar del usuario «y analizando la profusión normativa desde la teoría del conflicto, se puede afirmar que el que tiene una controversia y desea recurrir a un arbitraje, lo que necesita es información clara y directa, para lograr que se le brinde una solución y no un catálogo de normas administrativas en las que buscar soluciones, cumplir requisitos y perderse en el laberinto de formalidades».*

### **9.9. Plazos de caducidad**

Guerinoni plantea que «uno de los problemas que advierto son los plazos específicos de caducidad para recurrir al arbitraje que, en mi opinión, genera muchas consecuencias negativas. Pienso que sí debe existir un plazo de caducidad para no permitir que las incertidumbres se mantengan indefinidamente en el tiempo, pero ese plazo debería ser el general (hasta el pago final con las correspondientes excepciones como vicios ocultos)».

Cantuarias espeta que se limita gravemente el derecho de la contraparte privada «estableciendo absurdos plazos de caducidad y obligando a partir en mil pedazos las controversias en sin números de arbitrajes».

### **9.10. Exclusión de materias**

Gandolfo afirma que un problema importante es haber «creado progresivamente materias no arbitrales que la Ley de Arbitraje no contempla. Lo de los adicionales de obra es un escándalo. Todos los conflictos que se suscitan después de suscrito un contrato se resuelven en la vía arbitral. Los que se deriven de los adicionales, no. ¿Dónde se resuelven? En el Poder Judicial. ¿Por qué? Si del Poder Judicial se han extraído los conflictos que se generan en las contrataciones públicas para que se solucionen en las vías alternativas por ser más rápidas y eficaces, ¿cuál es la lógica de retirar materias de esta competencia? Que no se resuelvan de manera rápida y eficaz. ¿Para qué? Para evitarle al Estado que tenga que pagar lo que le corresponde en la creencia absurda de que dilatando un pago u omitiéndolo se le hace un bien al país. Tesis equivocada. Lo que hay que hacer es todo lo contrario, dejar que el arbitraje resuelva la mayor cantidad de casos posibles y solo vaya al Poder Judicial lo que no pueda ir a arbitraje».

Tras considerar que «existen (y deben existir) diferencias sustanciales entre el arbitraje (voluntario) de derecho privado y el arbitraje (obligatorio) de derecho público al que pertenece la materia especializada de la contratación estatal», Arteaga recuerda que «la prohibición de que se vea en la vía arbitral la no autorización de prestaciones adicionales deriva de una norma que prescribe su aprobación, y a modo de excepción, por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante, e incluso con intervención de la Contraloría General de la República (cuando supera determinado porcentaje), entre varias otras razones: porque el expediente técnico no puede contener deficiencias significativas; porque durante la fase de selección de proveedores, al existir especificaciones distintas o incompletas, puede haberse afectado la competencia efectiva de postores; porque el valor referencial de un expediente incompleto puede determinar la convocatoria de un tipo de procedimiento de selección con menos exigencias (por ejemplo, una adjudicación directa en lugar de una licitación pública); porque se contravienen las reglas del sistema de presupuesto público; o también porque con expedientes incompletos que arrojan un valor referencial bajo y erróneo puede evitarse el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos en materia de contratación estatal, al ubicar inicialmente la contratación por debajo de los umbrales aprobados en los acuerdos comerciales. Resulta importante tener en cuenta que en los tratados de libre comercio (TLC) suscritos por el Perú expresamente se establecen la prohibición de aprobar prestaciones adicionales de obra superiores al 50 %; en consecuencia, el legislador tenía que asegurar el cumplimiento de dicha proscripción incluyendo en la normativa nacional determinadas exigencias y requisitos, de manera que no sea aprobado indebidamente ningún adicional por defectos de origen que debieron ser advertidos durante la elaboración del expediente técnico. Debe comprobarse que se trata de prestaciones necesarias para el cumplimiento de la finalidad

perseguida con la contratación, generalmente derivadas de circunstancias sobrevinientes y, sobre todo, no deben exceder determinado porcentaje. Imaginemos nada más las obras que pueden resultar costando cuatro, seis o diez veces más que lo originalmente planificado o proyectado».

### **9.11. Conducta procesal indebida**

Jiménez considera «que las malas prácticas de las defensas procesales obstaculizan el desarrollo adecuado del arbitraje. Es una lástima que el ejercicio de la profesión se realice empleando recursos reñidos con la buena fe (dilaciones indebidas, recusaciones frívolas, impugnaciones recurrentes sin sentido, agresividad innecesaria, entre otros), muchas veces en procura de instalar una eventual y forzada anulación de laudo. He visto malas prácticas en mi experiencia judicial y las veo también en mi experiencia arbitral, es un problema nacional que dice algo de la crisis de valores por la que atravesamos. En mi opinión, es indispensable abordar este tema de ética profesional y ejercicio sano de la profesión».

León observa que un problema que «lamentablemente, sigue creciendo, es la formulación de recusaciones frívolas e incluso denuncias penales o demandas constitucionales contra miembros de tribunales arbitrales. Estas son, lamentablemente, estrategias de litigación que deberían desterrarse. Para ello, pueden los centros de arbitraje regular la imposición de multas por conductas procesales temerarias y llanamente de mala fe».

## **10. LA ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES: ¿SE RECURRE EXCESIVAMENTE A ESTE RECURSO?**

La Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo n.º 1071, ha regulado de manera expresa el recurso de anulación y, con mayor precisión, las causales que podrían dar lugar a que un laudo arbitral sea declarado nulo por el Poder Judicial. De ese modo, el artículo 63 de dicha Ley aborda el tema de las causales de anulación. Uno de los temas que he criticado en esta norma desde su publicación es que, con la causal establecida en el artículo 63-1-f se resguarda solamente el orden público internacional, cuya violación podría ser causal de anulación, pero no en el caso del orden público nacional, pues uno de los mayores riesgos, desde mi punto de vista, en el arbitraje en contratación pública es, precisamente, la violación del orden público nacional. ¿Cómo se protegen las partes de esto?

En línea coincidente, Corrales plantea que «No hay lugar a revisión del fondo de lo decidido. Ni siquiera si hay vulneración a normas de orden público nacional (que sí constituye una causal de anulación de laudos bajo la Ley Modelo Uncitral, pero no bajo nuestra legislación arbitral nacional)».

Por otro lado, Gandolfo afirma que a través del recurso de anulación se estarían judicializando, en la práctica, todos los arbitrajes. Si se examina las causales por las que se inicia el recurso de anulación «en más del noventa por ciento de los casos es por alguna deficiencia de la motivación: motivación insuficiente, motivación defectuosa, motivación incongruente, motivación aparente y otras más que no deberían prosperar porque la Ley de Arbitraje obliga que el laudo esté motivado, nada más. Al prohibir que otra instancia entre al fondo del asunto, queda claro que no se puede determinar la calidad de la motivación. Basta que esta exista».

León afirma que «en la mayoría de casos [de laudos] anulados, estoy de acuerdo con la anulación judicial. Los jueces, al menos en la Corte de Lima, han desarrollado una doctrina sobre motivación arbitral. Lo que exigen es estándares mínimos de motivación como, por ejemplo, que el tribunal arbitral precise la regla de derecho que aplique al caso y diga por qué aplica dicha regla y que clarifique sobre qué hechos se pronuncia en el laudo, valorando los medios probatorios ofrecidos, sin ignorarlos».

Wong se plantea, a manera de hipótesis, una interrogante inquietante: «¿Se pretenden más nulidades como un medio de dilatar o porque la calidad de los laudos es tan mala que obliga a demandar?».

Jiménez dice que, sin duda, «acudir al recurso de anulación del laudo se ha convertido en una escala ineludible. El Estado lo hace por temor a sus controladores» y los contratistas «por la esperanza de volver a discutir el fondo de la controversia. Y los abogados, en muchos casos, porque está en su espíritu seguir “peleando” hasta el final, tengan o no la razón». Sin perjuicio de ello, no es de la opinión «que se anulen muchos laudos. La justicia comercial (en Lima, donde me desenvuelvo) se encuentra sumamente especializada y en términos generales puedo decir que no incurren en abusos ni en desconocimiento de lo que es el arbitraje».

En este punto, entonces, parece concluyente que, al menos en el distrito judicial de Lima, las anulaciones de laudos declaradas por el Poder Judicial no son arbitrarias y, por el contrario, se ajustan a estándares razonables que respaldan las decisiones sobre el particular.

## 11. RESULTADOS EN LOS DIFERENTES ARBITRAJES ENTRE PROVEEDORES Y ENTIDADES ESTATALES

El Centro de Arbitraje de la PUCP realizó un estudio interesante (Guzmán y Zúñiga, 2014, pp. 85, 86, 95, 97, 98) de los 2043 laudos publicados en el periodo 2003-2012, aunque se analizó solo una muestra de 400 laudos. De este estudio quiero destacar lo siguiente:

- Casi un 95 % de las veces el demandante es el contratista, mientras solo unas pocas veces, 5 %, es la entidad estatal.
- El Estado «gana» el 24,8 % de los arbitrajes en los que es demandado, pues no se le ordena realizar pago alguno.
- El Estado es condenado a pagar del 81 % al 100 % del monto pretendido en un 35,4 % de las veces y es condenado a pagar del 20 % al 80 % del monto pretendido en el 39,8 % de los casos.
- El monto pretendido o demandado por los contratistas asciende a S/ 398 670 387,56 y los laudos ordenan pagar la suma total de S/ 172 615 314,77, es decir, el 43 % del monto pretendido

La Contraloría realizó otro interesante estudio y evaluación de los 2796 laudos arbitrales emitidos en el periodo 2003-2013, registrados y publicados en el portal web del OSCE. Quiero destacar en esta ocasión (Contraloría, s.f., pp. 20, 74, 125, 128) lo siguiente:

- Planteó como debilidad para el estudio que se desconocía el universo total de laudos arbitrales emitidos en ese periodo.
- En dicho estudio se concluía que «el Estado ha obtenido resultados desfavorables en el 70 % (1969) del total de laudos. Los resultados favorables solo representan el 27 % (758 laudos) y el 3 % restante corresponde a arbitrajes concluidos bajo la forma de laudos arbitrales por conciliación u homologación de acuerdos transaccionales».
- El monto pretendido o demandado por los agentes privados en esos arbitrajes fue de S/ 2 307 188 236 y los laudos, en los que el Estado obtuvo resultados desfavorables, ordenaron pagar la suma total de S/ 1 128 180 981, es decir, el 49 % del monto pretendido.
- Los resultados se deben a problemas en el proceso de gestión en las contrataciones públicas.

Castillo y Sabroso señalan que «tanto las entidades públicas como las empresas contratistas se encuentran satisfechas con la implantación de este mecanismo de solución de controversias».<sup>9</sup>

Esta afirmación, me parece, es más un deseo que una realidad y no solo para el sector público, sino también para muchos actores en el sector privado. Ahora bien, es justamente el descontento actual con relación al arbitraje lo que debe merecer un análisis cuidadoso de quienes creemos en el futuro de este medio de solución de conflictos para evitar que su legitimidad se afecte.

Wong afirma que la sensación que tiene «es que el Estado pierde muchas más veces que las que gana. Determinar si esas pérdidas se producen por sus propios incumplimientos deberá originar un estudio más profundo».

Gandolfo afirma categóricamente que «los estudios realizados por la Contraloría General de la República y por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú demuestran que del monto total que se les reclama a las entidades, los tribunales arbitrales ordenan pagar menos de la mitad. Eso quiere decir que están en un empate técnico, como se diría ahora. Pero con una gran ventaja para las entidades que estarían demostrando que se defienden mejor de lo que uno piensa. Las entidades son demandadas en más del noventa por ciento de los casos y los proveedores solo son demandados en poco más del cinco por ciento de los casos. No es porque estos últimos sean excelentes contratistas, lo que sucede es que *cuando el proveedor es el que incumple el contrato, la entidad tiene hasta cinco medidas para ajustarlo: le deja de pagar, le aplica las penalidades previstas, le resuelve el contrato, le ejecuta las fianzas y, por último, lo manda al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado para que sea inhabilitado. Mayormente, no tiene que tomarse la molestia de iniciarle un arbitraje*. Cuando la entidad es la que incumple, en cambio, el proveedor lo único que puede hacer es iniciarle un arbitraje. Eso explica el desnivel artificial de la balanza que los resultados no solo equilibran, sino que inclinan radicalmente a favor de las entidades si es que se analiza el nivel de cumplimiento de los laudos. Yo mismo puedo ganar casi todos mis arbitrajes como abogado, pero eso no garantiza que las partes que patrocino cobren todo lo que se les ordena pagar ni que se les pague en forma inmediata. Cobrar lo que ordenan pagar los tribunales arbitrales es otra historia en el Perú. Otra historia dramática».

Salinas manifiesta que «hay una errada percepción pública de que los contratistas siempre, o la mayoría de las veces, ganan los arbitrajes, lo cual, al menos en mi experiencia arbitral, no ha sido así, teniendo porcentajes iguales de resultados positivos para entidad y contratista». Ahora bien, precisa que no hay que perder de vista que, por un lado, «muchos arbitrajes son ganados por los contratistas porque la entidad ha generado una controversia por una actuación arbitraria o apartada al reglamento, como denegar una ampliación de plazo sin sustento o argumento, no querer pagar los mayores gastos generales que por norma corresponden a un contratista ante una ampliación de plazo otorgada» y, por otro lado, «que en muchos casos los laudos arbitrales a favor de los contratistas solo son victorias “pírricas”, porque la entidad no honra los resultados del laudo y no paga los saldos que se determinan a favor de los contratistas».

Hernández refiere que, conforme a los estudios de la PUCP, «los resultados han sido equilibrados, teniendo en cuenta, además, que muchas controversias nacen de las negativas infundadas a los reclamos del contratista debido al temor de los funcionarios ante futuras acciones de control y posibles juicios. En el balance, se debe recalcar los aislados casos de imputaciones de corrupción que, sin embargo, han impactado en la opinión pública».

Canturias afirma que «el Estado “arbitra” la mayoría de las veces sabiendo que va a perder, porque los funcionarios públicos deciden no hacer su trabajo (muchas veces debido a la Contraloría). Como los dineros son públicos (como si el Estado produjera riqueza alguna) el Estado gasta centenares de miles de soles de los impuestos de los ciudadanos en que sea un laudo el que ordene a la entidad pública adoptar alguna decisión».

<sup>9</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 7, p. 16.



Albán afirma que «los resultados han guardado un balance equilibrado, manteniéndose sin embargo una ligera ventaja en favor de los proveedores, principalmente, a mi juicio, por los problemas del exceso regulatorio con el que tienen que lidiar las entidades estatales y sus funcionarios».

Jiménez indica que «muchas veces las entidades pierden porque se evidencia su falta de raciocinio o disposición para enfrentar problemas de ejecución contractual generados por sus propias falencias. Entonces atribuyen incumplimiento al contratista que ha tratado, desde diversos ángulos, de cumplir con el contrato. Estos casos son penosos, por cuanto finalmente todos pierden (pierde el contratista porque no pudo culminar su trabajo, pierde la entidad porque no puede cobrar las penalidades y no tendrá la obra terminada a tiempo, pierde la sociedad porque no tendrá el puente, el hospital, la carretera, el servicio, etc., cuya necesidad se había establecido)». Asimismo, señala que la mayor parte de las demandas «son presentadas por los contratistas, frente a las más escasas ocasiones en que la entidad es la demandante. *Habitualmente cuando se demanda es porque se considera que se tiene la razón.* Por ello, me parece, en mi experiencia, que la balanza se inclina, en cuanto a resultados de los procesos, hacia los proveedores. Pero tampoco es una balanza muy inclinada, en muchas ocasiones las entidades tienen la razón, ya sea por cuestiones formales (plazos de caducidad) o porque el contratista ha sido negligente en la ejecución de sus prestaciones».

Corrales afirma que no se puede medir «la eficiencia del sistema contabilizando los fallos según su sentido, porque *este resultado cuantitativo no nos dice absolutamente nada sobre su eficiencia*». Es más, precisa que las estadísticas «que se han elaborado para definir si el Estado gana o pierde los arbitrajes en contratación estatal, parten de considerar el quantum demandado, sumando todas las cifras contenidas en las pretensiones, de las demandas contabilizadas. Y con ese punto de partida, *se concluye que el Estado “ganó” más o “perdió” más, comparando los montos concedidos versus los montos demandados.* Sin embargo, es conocido hasta para cualquier practicante de derecho que *muchos demandantes suelen inflar sus pretensiones, con la expectativa que el juez al fallar conceda lo que realmente espera obtener o lo más cercano a ello. De tal forma que es falaz considerar que el Estado “gana” en aquellos casos donde la pretensión del demandante privado ha sido estimada solo en parte.* Concluye que la única forma de medir la eficiencia del sistema en un proceso arbitral específico «es atender a la calidad del laudo y eso no se mide contando los laudos», sino que «la única manera de medir esa eficiencia en cada proceso arbitral es atendiendo a la calidad del laudo, independientemente de la cuantificación del monto otorgado».

Salazar plantea, a partir de la información disponible, que «tanto los proveedores como las entidades públicas han ganado o perdido procesos arbitrales, y en otros casos, han obtenido una solución parcialmente a su respectivo favor. El arbitraje ha permitido evidenciar diversos problemas que tienen su origen en diferentes momentos del itinerario contractual, es decir, unos se incubaron en la fase preparatoria (p. ej. especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico incongruente con la necesidad), otros en la fase de selección (p. ej. defectos en la oferta no percibidos al ser evaluada) y otros en la fase de ejecución (p. ej. incumplimientos contractuales, expediente técnico que no se condice con la realidad del terreno). En tal sentido, las tendencias de los pronunciamientos arbitrales, en general, responden a la realidad de las cosas».

## 12. BALANCE SOBRE EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

Rodríguez considera que «es positivo que se haya instaurado el arbitraje para resolver las controversias en contratación pública. A pesar de los problemas que se conoce se han presentado en los arbitrajes en contratación, este mecanismo ha generado que se pueda resolver de manera más rápida las controversias por personas independientes y especializadas, lo que también posibilitó a que los proveedores del Estado deseen contratar con el Estado al tener más confianza en la forma de resolver las controversias».

Cantuarias señala que el arbitraje en contratación pública se encuentra «fuera de control, en manos de unos pocos “árbitros del Estado” que son designados por las entidades públicas del propio Estado, centenares de veces al año, que no tienen la mayoría de las veces idea alguna de lo que es el



arbitraje, que aplican reglas judiciales. Además, cada vez menos temas pueden ser sometidos a arbitraje. Y la cereza: un Poder Judicial activista que se ha convertido en segunda instancia».

León manifiesta que hay que hacer más eficiente al arbitraje. «Para ello puede pensarse en una base de datos que compartan todas las entidades estatales, para [clasificar a] los árbitros más íntegros y eficientes. *Lo que debe evitarse a toda costa es que las entidades nombren a sus amigos y se generen potenciales conflictos de interés, para no hablar de problemas de corrupción*». En ese sentido, plantea que eficiencia y especialidad «son dos ejes en los que debe incidir toda política de solución de controversias».

Wong tiene la hipótesis acerca de que el arbitraje de contratación pública «no ha alcanzado la eficiencia que prometía. Lo que sí ha creado es una casta de árbitros que tienen como principal fuente de ingresos esta forma de resolución de controversias» lo que, siendo totalmente legítimo, «debemos reconocer también que constituyen un grupo de presión que vela por sus propios intereses. En tal sentido, la crítica cuando se anula un laudo tiene mayor eco y origina un movimiento casi coordinado para criticar este tipo de decisiones».

¿Esa «casta» de árbitros que refiere Wong es lo mismo que los «árbitros del Estado» que sindica Cantuarias o es un concepto más amplio? ¿El Poder Judicial ejerce un activismo jurídico constituyéndose en segunda instancia fáctica o, más bien, eso lo afirman esos grupos de presión que no quieren ver afectados sus intereses? ¿Solo las entidades del Estado designan como árbitros a sus «amigos»?

Albán opina que, pese a todos sus problemas, «sigue siendo una mejor alternativa que llevar este tipo de controversias a la justicia ordinaria, donde los problemas serían mayores y resultaría mucho más difícil subsanar las deficiencias».

Guerinoni plantea que *el balance «es positivo si tenemos en cuenta que la única alternativa respecto al arbitraje es el Poder Judicial*. Sin embargo, pienso que se deben empoderar aún más otros sistemas alternativos como la conciliación extrajudicial, las juntas de resolución de disputas e introducir la mediación».

Corrales destaca que el arbitraje «es una excelente herramienta. Pero, como toda herramienta, su valía depende de las manos que la utilicen. Por eso es que, *si analizamos los laudos que obran publicados en la página web del OSCE, encontraremos enormes distancias entre la calidad de unos y otros*. Más allá de la posición jurídica que cada profesional árbitro pueda presentar respecto a las materias que son sometidas a su conocimiento, lo que muchos no han sopesado debidamente es que, detrás de cada controversia en contratación pública se encuentra en juego recursos públicos. Solamente ese dato le asigna a este tipo de controversias la máxima importancia. Y el arbitraje en esta materia debe estar a la altura de esa circunstancia y, lamentablemente, muchas veces no lo ha estado». Sin embargo, dice que eso no es solo un problema de «árbitros», sino que se trata de «un problema de sistema. En el momento en que «decidimos como país que el arbitraje sea un mecanismo obligatorio para todas las controversias sobre contratación estatal, siendo o no conscientes, creamos un sistema de solución de controversias sin saber si todos los actores llamados a estar involucrados en dicho sistema estaban preparados para asumir tamaño reto». Esta suerte de resistencia a admitir el arbitraje en la contratación pública en otros países se debería a que el arbitraje constituye un mecanismo de una sola instancia. «Por ello, si un país decidiera someter la generalidad de sus contratos sobre compras públicas a arbitraje como mecanismo de solución de controversias, estaría eligiendo, como el Perú, un sistema de instancia única para una cantidad inmensa de contratos (cientos de miles) con un impacto inmenso en recursos públicos, lo que implica confiar en que el país cuenta con toda la logística que un sistema de dichas dimensiones necesita, empezando por una cantidad enorme de profesionales expertos en la materia con capacidad de asumir esa carga y con un sistema de defensa estatal debidamente preparado para litigar bajo ese régimen».

Jiménez manifiesta que *el arbitraje «es una buena solución, pero debería ser de ultima ratio*. Antes las partes deberían enfocarse en sus respectivos intereses (el contratista en ejecutar bien su prestación y el Estado en la finalidad del contrato: la culminación adecuada de la obra o servicio, por el interés

público) y tratar de alcanzar una solución. De ser necesario, sería conveniente el empleo de la mediación (no muy desarrollada en nuestro país). También debe trabajarse más en los *dispute boards*. Luego recién el arbitraje, en el que un tercero imparcial resolverá de acuerdo a ley».

Kundmüller considera que «el balance es positivo, pero esta competencia arbitral especializada siempre será perfectible, tal como es perfectible cualquier otra competencia arbitral» y se inclina «por crear condiciones para “arbitrabilizarlo” y “desadministrativizarlo”, en la medida de lo posible».

### 13. FUTURO Y PERSPECTIVAS DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Perú vive una crisis política profunda que se remonta, por lo menos, hasta el año 2016, aunque podríamos rastrear que se remonta al momento mismo del retorno a la democracia, en el año 2000. La sensación de montaña rusa en la vida cotidiana se ha hecho normal, pero eso no resulta sostenible en el tiempo, una sobredosis de vértigo tendrá secuelas en la estabilidad emocional de la sociedad peruana. Esta crisis afecta también las actividades económicas que se desarrollan en nuestra sociedad y la contratación pública no escapa a esto, es más, la contratación pública es la muestra palpable de esa crisis multifacética, pues la normativa que la regula ha sufrido tantas modificaciones que es difícil entender qué norma resulta aplicable a qué contratos. Y toda vez que el arbitraje en contratación pública es el arbitraje doméstico de mayor relevancia, la crisis política afecta también este ámbito jurídico.

Una imaginaria máquina del tiempo nos transporta hasta marzo de 2022, Congreso de la República. Voto de investidura del gabinete ministerial presidido por el señor abogado Aníbal Torres Vásquez, reconocido jurista y profesor universitario, arribado al mundo político con el gobierno del presidente José Pedro Castillo Terrones. Circula en las redes sociales —muy a la usanza de Lima, ciudad de rumores e intrigas— un extracto de su exposición ante el Congreso en el que afirma lo siguiente:

Hay miles de obras paralizadas en el país, «iniciadas en gobiernos anteriores, en cuyos contratos se han puesto cláusulas para llevarse la plata de la patria sin ejecutar las obras, recibiendo adelantos por obras no ejecutadas. Y ahora esas [obras] están sometidas a arbitraje. La empresa ejecutora nos ha robado y los árbitros también nos han robado. Y todos están libres por la corrupción en nuestro sistema de justicia [...] Estamos proponiendo al consejo de ministros la aprobación de una ley en la que se hagan modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado, con un artículo muy simple que diga que si el contratista no cumple con tales o cuales obligaciones, el contrato se resolverá de pleno derecho, sin necesidad de sentencia judicial o de laudo arbitrario [sic]. Se liquidará la obra ejecutada hasta ese momento, a fin de que el Estado continúe con la ejecución y no se paralice, independientemente de que el contratista siga un proceso arbitral o judicial».

Desde la perspectiva que planteaba el *premier*, el arbitraje no sería más parte de la solución para lograr una contratación pública eficiente, sino que, contrariamente, sería parte de los problemas, pues estarían generalizadas en él las malas prácticas. Sin perjuicio de ello, es claro que lo que ha afirmado el *premier* —quien también ha actuado como árbitro en este ámbito— son apreciaciones de carácter general y que no tienen un sustento sólido, máxime cuando las propuestas que formula como la solución al problema de la paralización de las obras a nivel nacional (inclusión de una cláusula anticorrupción y la potestad de las entidades de continuar la ejecución de los contratos resueltos, sin perjuicio del derecho de los contratistas de cuestionar la resolución del contrato en arbitraje) ya se encuentra en la normativa de contrataciones del Estado. Ahora bien, lo cierto es que la Contraloría, desde hace algunos años viene advirtiendo de la paralización de miles de obras a nivel nacional. Así, por ejemplo, se informó en enero de este año que «2369 obras están paralizadas, lo cual representa la inmovilización de una inversión de 22 453 millones de soles, advirtió el contralor general, Nelson Shack, ante la Comisión Especial Multipartidaria Pro-Inversión del Congreso de la República».<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Cfr. <<https://elperuano.pe/noticia/137590-contraloria-advierte-la-paralisis-de-2369-obras#:~:text=17%2F01%2F2022%20En%20todo,del%20Congreso%20de%20la%20Rep%C3%BAblica>>.

Entonces, el problema de las obras paralizadas es real y muchas veces el arbitraje se ha utilizado para justificar esas paralizaciones o, incluso, para que la misma genere derechos a favor del contratista. Esta situación plantea una curiosa paradoja, pues Kundmüller manifiesta que el objetivo de incorporar el arbitraje en contratación pública «era lograr el desembalse y la reintroducción de fondos al circuito económico del país, lo que efectivamente se cumplió y se viene cumpliendo desde entonces», además que «se logró el objetivo planteado, reduciendo significativamente los plazos en la solución de controversias surgidas en la etapa de ejecución de los contratos y contribuyendo a desbloquear el flujo de fondos y facilitando su reingreso a la economía. Solo para tener una idea, un arbitraje promedio puede durar alrededor de seis meses, mientras que un proceso contencioso administrativo, con múltiples instancias, puede durar años». Hoy, si las afirmaciones del contralor son ciertas, el arbitraje en contratación pública no estaría resolviendo esos inconvenientes. Sin embargo, no se trata de la regla y no puede, por tanto, hacerse una generalización tan superficial como la que hizo el alto funcionario.

El contralor afirmó que por las obras paralizadas se ha inmovilizado también una inversión pública de más de veinte mil millones de soles. ¿Qué hacer para que este dinero reingrese a la economía si el arbitraje no lo ha permitido?

Salinas plantea, desde su experiencia como árbitro y perito técnico en controversias de obras, «que los procesos son demasiado lentos o demoran demasiado en emitir resultados no por responsabilidad de los árbitros o peritos sino de las partes». Por ejemplo, cuando se trata de pericias «en casi todas las ocasiones que he participado se solicita información a las partes y estas demoran meses en remitirla, lo cual dilata emitir resultados en los plazos programados». Por tanto, la celeridad no es una realidad en el arbitraje, «en este momento que te escribo estoy en un peritaje de una obra que tiene 5 años en arbitraje por liquidación y yo llevo 2 años en el peritaje, porque las partes demoran meses de meses en remitir información solicitada».

Wong afirma que tiene «pocas esperanzas de mejoras en el corto y mediano plazo. No creo que la situación que vive el país nos permita ser optimistas». Ahora bien, los cambios deben provenir «de los propios actores si queremos mejorar la calidad del arbitraje de contratación pública, salvo, claro, que alguna decisión política simplemente lo elimine de nuestro sistema jurídico u otra lo utilice para esquilmar al Estado», pero lo concreto es que «solo la vigilancia ciudadana impedirá la resolución interesada de los conflictos de contratación pública». Afirma que debería atenderse a lo que sucede en otros terrenos en los que el arbitraje está desarrollándose con mayor opacidad aun, como el caso de los arbitrajes en materia de expropiaciones.

Guerinoni señala que eliminar el arbitraje en contrataciones del Estado «implicaría recurrir al Poder Judicial, lo que sería nefasto para la contratación estatal y, en consecuencia, para el cumplimiento de finalidades públicas».

Cantuarías también es pesimista, pues afirma que no ve futuro alguno al arbitraje si se lo mantiene como hasta ahora. «El arbitraje, para empezar, no es un sistema masivo como el que existe en la actualidad. El arbitraje debe estar reservado para contrataciones estatales de importancia». De ese modo, solamente deberían darse arbitrajes en las obras «de mayor magnitud» y en adquisiciones deberían plantearse solo a partir de determinados montos. Concluye que en la masificación del arbitraje no puede identificar ningún aspecto positivo.

Albán manifiesta un discreto optimismo, planteando que si se mantiene como está, «puede ocurrir que se opte por regresar a décadas pasadas, retornando estas controversias para ser sometidas al fuero ordinario. Ello como consecuencia de una decisión política que no resultaría difícil implementar, dado que los resultados obtenidos hasta el momento no resultan tan evidentes y de una magnitud que permita defender el fuero arbitral, últimamente tan afectado en su legitimidad por los escándalos de corrupción en los que se ha visto envuelto. Básicamente, refiriéndonos siempre al arbitraje derivado de la contratación estatal, considero que se trata (como señalé antes) de establecer una legislación diferenciada de la Ley General de Arbitraje a partir de una norma propia del arbitraje estatal, adoptando la transparencia como regla y evitando su modificación en las normas de contratación estatal. Estos procedimientos, además, deben ser exclusivamente institucionales, pero a

partir de instituciones acreditadas que cumplan estándares mínimos para ser elegibles, que comprendan, entre otros aspectos, una adecuada selección de árbitros en sus nóminas a los que, al mismo nivel que la exigencia en su calificación profesional, se suma una rigurosa exigencia de integridad». De adoptarse estos cambios, cree que el arbitraje sí tiene futuro «y con una proyección muy positiva, por cuanto esa mayor agilidad y eficiencia, lograda con total transparencia, terminaría beneficiando a la ciudadanía al evitar que los procesos excesivamente lentos y con resultados inciertos, se traduzcan en obras inconclusas o nula provisión de bienes o servicios básicos que debieran ser brindados oportunamente».

Corrales considera que el futuro del arbitraje depende de que se implementen medidas como, primero, «un sistema de acreditación de instituciones arbitrales [...] Se debe acreditar a las instituciones considerando cuando menos indicadores de calidad del servicio de secretaría arbitral, del sistema de trámite documental y archivo, sistemas de admisión de profesionales a las nóminas arbitrales y sistema de designación de árbitros»; además, «sería importante que las instituciones participen con un filtro de calidad mínimo de los laudos. Creo que sería un aporte positivo de las instituciones arbitrales». En segundo lugar, debería considerarse «como infracción ética susceptible de exclusión del registro de árbitros, el apartarse de su propio criterio sin expresión de causa». Tercero, debe considerarse «la posibilidad de incorporar, entre las causales de anulación de laudos, la vulneración de normas de orden público nacional». Cuarto, debe asignarse a alguna entidad (el OSCE o el Ministerio de Justicia) «las capacidades necesarias para gestionar la información proporcionada por los laudos arbitrales, exponiendo tendencias resolutorias y resaltando contradicciones, a fin de exponer cómo es que el sistema de solución de controversias está funcionando en la práctica y bajo qué criterios».

Hernández cree que «con los contratos colaborativos, mecanismos de solución de controversias alternativos (JRD) y una dirección estratégica descentralizada, la gestión de reclamos no se convertirá, en la mayoría de casos, en gestión de disputas a nivel arbitral».

Jiménez afirma que los problemas del arbitraje «deben ser abordados desde una perspectiva distinta, partiendo por un esquema de transparencia total y enfoque correcto de lucha contra la corrupción y no se base en reglamentos absurdos que solo obstruyen y rebajan sus ventajas (especialización, celeridad), asimismo, en la erradicación de las malas prácticas (sanciones por ellas. Al respecto, los centros de arbitraje deberían tomar cartas en el asunto, al menos en lo relativo a las recusaciones frívolas)».

Gandolfo afirma que *el arbitraje «tiene futuro mientras el Poder Judicial no sea rápido y eficaz»*. Con frecuencia pienso que algunos cambios legislativos se confabulan para hacer la vía arbitral cada vez más enrevesada, burocrática y complicada para que se parezca más a la vía judicial y nos arrepintamos de haber salido de ahí, sabiendo que siempre regresaremos, como que ahora regresamos a través de los recursos de anulación. Sin embargo, eso no será posible en lo inmediato [...] *En ese modelo de exportación no tradicional no se interesan en absoluto solo los países cuyos poderes judiciales funcionan a la perfección. Mientras no lleguemos a esos niveles, volver al pasado sería un verdadero retroceso»*.

Rodríguez es de la opinión «que *el sistema arbitral en contratación pública debe ser nuevamente estructurado, con una superintendencia de centros de arbitraje que los acredite y supervise; los árbitros deben tener responsabilidades más definidas*. Me parece que sería primordial que todo el arbitraje sea transparente y público».

Arteaga manifiesta que «el arbitraje administrativo es una herramienta excepcional para solucionar conflictos surgidos durante la ejecución de un contrato público, pero es el caso que luego de veinte años los operadores de esa herramienta no han estado a la altura de las circunstancias»; además, el árbitro, «como el juez, debe tener prestigio y parecerlo, representarlo y justificarlo, actuando con probidad, justicia y celeridad (ya reza el dicho: “justicia que tarda deja de ser justicia”)». De no enmendarse con prontitud las deficiencias que se han detectado en el ejercicio del arbitraje público, se corre el riesgo no solamente de matar a “la gallina de los huevos de oro”, sino de echar a perder una herramienta sumamente valiosa y útil, al igual como sucede con otras que son puestas al servicio de los operadores del sistema y de los agentes del mercado de la contratación pública».

Kundmüller afirma que sí tiene futuro, «el arbitraje en contrataciones llegó a fines de los años noventa para quedarse, de la misma manera que ha ocurrido con el arbitraje en otras competencias arbitrales especializadas donde el Estado es parte». Es más, precisa que «se ha producido una línea evolutiva de menos a más, que finalmente genera una serie de impactos positivos, sin perjuicio de las críticas que se puedan generar en su contra y que en su mayoría son injustificadas».

#### 14. CONCLUSIONES

- La normativa peruana de contrataciones del Estado, a decir de los expertos, cumple con los estándares internacionales reconocidos globalmente y por los diversos organismos internacionales, recogiendo los más importantes instrumentos reconocidos a nivel internacional. Además, hay que precisar que hasta hoy se mantienen los criterios fundamentales desde su aprobación original en 1997.
- La modificación constante de la normativa de contrataciones del Estado es por demás dañina, pues genera un sistema jurídico absolutamente inestable y no permite que los operadores públicos y privados de la contratación pública generen aprendizajes duraderos, lo cual se agrava por el alto índice de rotación que existe en la burocracia peruana. Además, las modificaciones no han hecho mejoras sustantivas, sino que se trata de temas más bien ino cuos y hasta irrelevantes.
- El problema de la contratación pública radica más en las capacidades de los operadores y agentes del sistema que en la normativa. Aun así, las modificaciones constantes generan un sistema inestable y esto sumado a la alta rotación de servidores públicos impide la mejora del sistema de contratación pública en su conjunto.
- Una normativa abundante y más restrictiva no ayuda ni a la gestión de las contrataciones ni a la gestión del conflicto y, por último, tampoco ayuda en la lucha contra la corrupción.
- El Sistema Nacional de Control tiene un rol ciertamente fundamental, pero los criterios esencialmente formalistas hacen que el control desatienda los aspectos más relevantes y sustantivos de la contratación. Su constante actividad intimida a los buenos funcionarios y restringe los márgenes de actuación de estos al extremo.
- La Ley de Arbitraje fue aprobada por Decreto Legislativo n.º 1071 y, a decir de los expertos, es una muy buena norma, pues ha seguido los criterios establecidos en la Ley Modelo de la Uncitral.
- La decisión de que las controversias suscitadas en los contratos del Estado se resuelvan mediante arbitraje fue una decisión audaz y hasta revolucionaria, sin paralelo en el mundo, pues los países, en general, se han mantenido cautos por cuanto en esos contratos están involucrados recursos públicos. El caso reciente de la normativa ecuatoriana si bien muestra una tendencia a admitir el arbitraje en la contratación pública de manera general, pone de manifiesto también que aún se trata de una posición más conservadora que la recogida en la normativa peruana.

Esta decisión se explicaría también en el hecho de que el Poder Judicial peruano no cumple adecuadamente esa tarea y nuestro sistema jurídico no es estable.

- La principal razón por la que el Estado peruano optó por incluir en la contratación pública mecanismos alternativos de solución de controversias fue la altísima carga procesal que soporta el Poder Judicial y que generaba que la resolución de esas controversias en la vía judicial demorara mucho tiempo, a veces años. Y esta restricción afectó también la dinámica

económica en la sociedad peruana, pues inmovilizaba cuantiosa inversión pública fundamental para satisfacer necesidades sociales y el interés público.

Una segunda cuestión que se buscaba era lograr que la resolución de controversias estuviera a cargo de profesionales especialistas en la materia. Un tercer aspecto que se consideró era el reducir los niveles de corrupción.

- Se dejó de lado una resolución de conflictos que pasaba, primero, por una vía administrativa y, luego, en la vía judicial contencioso administrativa, sustituyéndola por el arbitraje, que constituye un medio de resolución de controversias de instancia única.
- Según un sentir común, se ha logrado una mejora, si bien relativa, en cuanto a la celeridad, aunque no existe consenso respecto a que se haya logrado decisiones más técnicas y especializadas y tampoco respecto a la reducción de los riesgos de corrupción.

Sin embargo, hay también un punto de vista que de manera más enfática manifiesta que los arbitrajes son lentos y, por tanto, afectan la ejecución contractual y, en consecuencia, el cumplimiento de las finalidades públicas que deben cumplir los entes estatales, por lo que se plantea desde esa perspectiva la necesidad de regular plazos e incluso regular la carga máxima de arbitrajes permitida por árbitro.

- El arbitraje en contratación pública se desarrolla ahora de manera exclusiva en su modalidad institucional. La cantidad de arbitrajes que se desarrollan ha desbordado la capacidad de las instituciones arbitrales, razón por la que, desde el punto de vista de algunos expertos, se requiere de más centros de arbitraje, pero serios, lo que implica la necesidad de alguna entidad (el OSCE, el Ministerio de Justicia o una superintendencia) que los acredite.

Otro punto de vista señala más bien que debe mantenerse la autorregulación que ha permitido el adecuado funcionamiento de los centros y su mejora continua, sobre la base de la competencia.

- Un tema en el que hay dos puntos de vista bien marcados es respecto a la consideración de este arbitraje como uno de características especiales. Uno de los puntos de vista señala que se trata de una «competencia arbitral especializada» y sostiene que la regulación debería estar exclusivamente en la Ley de Arbitraje.

El otro punto de vista plantea que es un arbitraje especial y, como tal, requiere una regulación particular y distinta a la Ley de Arbitraje. En tanto, las contrataciones que realiza el Estado implican el uso de fondos y recursos públicos, así como el cumplimiento de finalidades colectivas, corresponde que en el arbitraje en contratación pública prevalezca el uso de la lógica y la normativa propias del derecho público, no así la del derecho privado que en *ultima ratio* resulta de aplicación únicamente supletoria.

- Respecto a la especialidad, es un tema polémico, pues mientras un punto de vista destaca fundamentalmente la naturaleza contractual de las controversias que se discuten en arbitraje e implícitamente la equiparan a la de cualquier otro contrato. Otra línea de razonamiento destaca que el derecho de la contratación pública es una rama del derecho administrativo y a su vez del derecho público, por lo que la normativa aplicable en primera línea es la de estos campos y no la del derecho privado, entendiéndose que esta última es de aplicación únicamente supletoria.
- Respecto a la calidad de los laudos arbitrales existen miradas opuestas, pues el punto de vista de un magistrado en ejercicio es que la mayoría de laudos que ha conocido en su experiencia no se acercan en calidad a las sentencias judiciales que ha conocido en apelación,

mientras una exmagistrada, hoy dedicada a la función arbitral, plantea que los laudos en general tienen una calidad superior a las sentencias judiciales.

- La publicación de laudos es muy importante, pero no es suficiente. Se requiere que se haga una evaluación y estudios de esos laudos que permitan extraer información relevante de ellos e incluso establezcan las tendencias en la resolución de controversias. Debería encargarse estos estudios a una institución específica.

Este punto es crucial, pues no se generan estudios que permitan conocer el real impacto del arbitraje en la contratación pública.

El arbitraje ha permitido evidenciar diversos problemas que tienen su origen en diferentes momentos del *iter* contractual a lo largo de sus tres fases. Los pronunciamientos arbitrales dan cuenta de esa problemática. Sistematizar esta información ayudaría a generar mejoras en la gestión contractual.

- Las controversias que se suscitan en la contratación pública tienen diversas fuentes, pero las más significativas son la poca calidad de los términos de referencia, de las especificaciones técnicas o de los expedientes técnicos. Por otro lado, otra de las fuentes más relevantes es la poca importancia que se le da a la gestión contractual en las entidades públicas.

Se da también la percepción que existen incentivos perversos para que los contratistas acudan al arbitraje y, de ese modo, logren ventajas no establecidas contractualmente. Al mismo tiempo se afirma que los funcionarios prefieren en muchas ocasiones, por temor al Sistema Nacional de Control, negar una solicitud específica de su contraparte, con la finalidad de que sean los árbitros los que dispongan el otorgamiento de ese derecho, con lo que evitarían eventuales imputaciones de responsabilidad.

- La defensa de las entidades del Estado es deficiente, pues no existe una coordinación adecuada entre las procuradurías o las oficinas de asesoría legal, dependiendo de los casos, con las áreas usuarias que tienen a su cargo la gestión de los contratos. A partir de la participación del Perú en los arbitrajes en inversión, y considerando la experiencia del Sicreci, resulta fundamental mejorar la defensa de las entidades en los arbitrajes domésticos, lo que implica un nivel de coordinación previo y permanente.
- Las malas prácticas en la defensa obstaculizan el buen desarrollo del arbitraje. Una de las más mencionadas es la de las recusaciones frívolas.
- La falta de predictibilidad es un problema mayúsculo en el arbitraje y dada la complejidad de estos temas y la enorme disparidad de criterios existentes en los laudos arbitrales, el escrutinio previo de los laudos a cargo de las instituciones arbitrales debería establecerse como una función de las instituciones arbitrales, como un filtro de calidad.
- En el ámbito de la contratación pública, el respeto al orden público es fundamental y, por tanto, para el arbitraje que se desarrolle en este campo, debería establecerse como causal específica de anulación el que el laudo vulnere el orden público nacional.
- Se requiere de árbitros altamente competentes y éticamente solventes, pues la mayor parte de profesionales que se dedican a este campo son, por un lado, árbitros con un número inmanejable de casos a su cargo y, por otro lado, muchos profesionales no expertos en contratación pública fungiendo de árbitros en dicha materia. Esto debe corregirse.

Es fundamental, entonces, corregir el hecho de que los profesionales asuman una carga irracional de arbitrajes. Por otro lado, debe lograrse que los árbitros tengan las capacidades y especialidad requeridas.



- El punto de vista mayoritario señala que se ha burocratizado el arbitraje, pues está sobre-regulado, por un lado, y, además, se establecen requisitos repletos de formalidades. Frente a ello, es necesario simplificar la regulación y, en línea con la teoría del conflicto, facilitar a los usuarios el acceso al arbitraje y la claridad para actuar en él.
- Se está recurriendo con frecuencia a recursos de anulación de laudos, aunque el Poder Judicial, al menos en Lima, está resolviendo de manera adecuada y con estándares consistentes estos recursos. Sin embargo, no resulta un tema de consenso si los recursos de anulación se utilizan como una cuestión dilatoria o si reflejan la mala calidad de los laudos.
- Eliminar el arbitraje en la contratación pública y devolver la competencia sobre esas controversias al Poder Judicial sería contraproducente, pues ese poder del Estado tiene una carga excesiva, que objetivamente no le permitiría, al menos en este momento, asumir el gran volumen de controversias contractuales.

## 15. BIBLIOGRAFÍA

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Cristhian CHÁVEZ VERÁSTEGUI. «La carreta delante de los bueyes: el olvido de la competencia en los procesos de selección». En *Themis - Revista De Derecho*, 2008, n.º 56.

CAROY ZELAYA, Miguel. «Los tiempos en un proceso de contratación». En *OSCE al Día. Revista Institucional*, 2015, n.º 4.

<<https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Banner/Enlaces/Revista%20An%C3%A1lisis%20Econ%C3%B3mico.pdf>>.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, vol. 7.

COMISIÓN EUROPEA. *Fichas Temáticas del Semestre Europeo. Contratación Pública*. 2017. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file\\_import/european-semester\\_thematic-factsheet\\_public-procurement\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_es.pdf)

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*. Lima: s. f.

GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César y Rigoberto ZÚÑIGA MARAVÍ. «Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos- PUCP “Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales”». En *Arbitraje PUCP*, 2014, n.º 4, pp. 83-102.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Panorama actual del arbitraje. ¿Libertad o autoritarismo con vocación totalitaria?». En ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE. *Panorama actual del arbitraje 2017*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, vol. 49.

LATORRE BOZA, Derik. *El arbitraje en las contrataciones públicas*. [https://www.teleley.pe/legacy/articulos/art\\_contrataciones\\_publicas.pdf](https://www.teleley.pe/legacy/articulos/art_contrataciones_publicas.pdf) (la cita corresponde a Juan Manuel Trayter en *Revista de Administración Pública*, n.º 143, mayo-agosto, 1997, Madrid, 2002, p. 77).

LATORRE BOZA, Derik. «El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones: una relación dialéctica». En *Arbitraje PUCP*, 2016, n.º 6, pp. 127-141.



LATORRE BOZA, Derik. «Políticas públicas y gestión de conflictos». En *Blog de Derik Latorre Boza Políticas Públicas y Gestión de Conflictos*, 21 de octubre de 2022. <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechopublicoyarbitraje/>>.

MORENO, Leslie y Ernesto CABRAL. «Arbitrajes a la Odebrecht». En *IDL Reporteros*, 2016. <<https://www.idl-reporteros.pe/arbitrajes-a-la-odebrecht-lavajato/>>.

MORENO MOLINA, José Antonio. *Derecho global de la contratación pública*. México D. F.: Ubijus, 2011.

ORGANISMO SUPERVISOR DE CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE. *Plan estratégico de contrataciones públicas del estado peruano. un sistema de contrataciones públicas eficiente, libre de corrupción y promotor del desarrollo*, 2009.

<[http://www.osce.gob.pe/consuco-de/userfiles/image/Plan\\_Estrategico\\_delas%20contrataciones%20publicas.pdf](http://www.osce.gob.pe/consuco-de/userfiles/image/Plan_Estrategico_delas%20contrataciones%20publicas.pdf)>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO - OCDE. *Recomendación del Consejo sobre contratación pública*, 2015. <<https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>>.

QUIROZ, Alfonso. *Historia de la corrupción en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2013.

SÁNCHEZ ULLED, Emilio. «La ciénaga de la corrupción». En *El País*, 2009. <[https://el-pais.com/diario/2009/12/09/opinion/1260313212\\_850215.html](https://el-pais.com/diario/2009/12/09/opinion/1260313212_850215.html)>.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 6ª edición, 1983.

### Entrevistas

ALBÁN PERALTA, Walter. Ex Defensor del Pueblo (e), exministro del Interior y vicepresidente de la Corte de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correos de 20 y 25 de mayo de 2021.

ARTEAGA ZEGARRA, Mario Fabricio. Expresidente del Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE). Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correos de 20 y 25 de mayo de 2021.

CANTUARAS SALAVERRY, Fernando. Árbitro internacional. Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correos de 11 y 12 de mayo de 2021.

CORRALES GONZALES, Antonio. Exdirector de Arbitraje Administrativo y exvocal del Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE). Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correos de 27 de mayo y 13 de junio de 2021.

GANDOLFO CORTÉS, Ricardo. Fue experto internacional por el Acuerdo de Cartagena en representación del Perú para el desarrollo del Estudio sobre Adquisiciones y Contrataciones del Sector Público. Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correos de 20 de mayo de 2021.

GUERINONI ROMERO, Pierina Mariela. Exdirectora de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE). Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correo de 24 de julio de 2021.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Luis. Ex director ejecutivo de Provias Departamental. Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correos de 22 de mayo y 2 de junio de 2021.

JIMÉNEZ VARGAS MACHUCA, Roxana. Ex jueza superior de la Corte Superior de Justicia de Lima y árbitra. Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correo de 3 de junio de 2021.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. Ex secretario general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y exgerente de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode) / Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE). Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correos de 22 y 24 de mayo de 2021.

LEÓN PASTOR, Ricardo. Árbitro. Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correo de 24 de mayo de 2021.

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Silvia. Secretaria general del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante mensajería de WhatsApp los días 28 de junio y 6 de julio de 2021.

ROJAS DELGADO, Magali. Expresidenta del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE). Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante un archivo de audio remitido el 25 de mayo de 2021.

SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. Expresidente del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode) / Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE). Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correos de 29 de mayo y 3 de junio de 2021.

SALINAS SEMINARIO, Miguel. Perito y árbitro. Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correos de 19 de mayo de 2021.

WONG ABAD, Julio Martín. Juez supremo del Poder Judicial. Exvocal de la Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Entrevista realizada vía correo electrónico y respondida mediante correos de 18 y 19 de mayo de 2021.

# LA EXCEPCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO Y SU APLICACIÓN EN LAS CONTROVERSIAS BAJO LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO Y SU REGLAMENTO

*Víctor Madrid Horna\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Breve aproximación sobre el régimen del incumplimiento y los remedios contractuales en el derecho civil peruano.— 3. La excepción de incumplimiento.— 3.1. Requisitos.— 3.2. Efectos.— 3.3. Procedimiento.— 3.4. Carga de la prueba.— 3.5. Renuncia.— 4. Las tutelas del acreedor frente al incumplimiento en la Ley de Contrataciones con el Estado: el requerimiento y la resolución del contrato.— 5. Sobre la aplicación supletoria del Código Civil.— 6. Dos precedentes.— 7. Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde que, allá por el año 1997, el Perú optó por el arbitraje como el mecanismo obligatorio para la solución de controversias en el ámbito de las contrataciones con el Estado son muchas las controversias de índole contractual, derivadas de los contratos celebrados con el Estado, en las que en sede arbitral se resuelven aspectos propios de la ejecución contractual, como son las referidas al incumplimiento, a la fuerza mayor, a las ampliaciones de plazo y al pago de mayores gastos generales, a la resolución por incumplimiento, a la mora, etc., entre otras recurrentes.

Uno de los grandes tópicos —y, de hecho, el más recurrente en la práctica— es el que tiene que ver con el incumplimiento y con sus consecuencias.

Si bien el capítulo referido al incumplimiento contractual está regulado en la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE), no es difícil advertir que esta prescinde por completo de referencias y definiciones y se enfoca, principalmente y de forma escueta, en establecer las causales de incumplimiento, además de instruir el procedimiento para articular la resolución derivada del incumplimiento.

Parece razonable comprender que esta opción del legislador se explica en tanto se trata de una norma especial y que por ello la LCE se sirve de categorías y de instituciones ya tratadas en otra ley (Código Civil) que dotan de contenido a sus disposiciones por remisión, y además porque la aplicación supletoria del Código Civil permite complementar adecuadamente lo no previsto, de modo que la LCE solo tenga que regular el aspecto especial.

Con relación a lo primero, tenemos que la técnica legislativa de una norma especial permite, precisamente, servirse del marco teórico de la ley general para regular de modo eficiente aquello especial que caracteriza a una norma especial. En este orden de ideas, en cuanto a los aspectos referidos al régimen de tutelas de crédito del acreedor —incluida, qué duda cabe, la resolución por incumplimiento— la LCE se sirve, entre otros, de los conceptos de «obligación», «pago», «prestación», «incumplimiento», «penalidad», «mora», etc., propios del derecho civil peruano y que están, particularmente,

---

\* Abogado y magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en la PUCP, Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad del Pacífico. Árbitro y consultor en temas de arbitraje y contrataciones con el Estado.

regulados en el Código Civil. Es decir, cuando la LCE alude a estos conceptos o instituciones no las refiere con un contenido o con una semántica distinta, salvo que incluya alguna disposición especial que así lo revele.

De hecho, la propia LCE va a señalar que en todo lo no previsto será de aplicación las normas y principios de derecho público y, en defecto, las normas de derecho privado, es decir, la LCE deja establecida la posible aplicación supletoria de la norma privada (Código Civil) en materia de ejecución contractual.

No obstante que lo antes expuesto no merece mayor explicación, consideramos que en la práctica arbitral, cuando revisamos los debates suscitados en los arbitrajes derivados de las contrataciones con el Estado, lo antes explicado no siempre resulta suficiente para concluir que en sede de ejecución contractual —y más específicamente, en materia de tutelas de crédito del acreedor— es posible aplicar remedios no previstos en la LCE, pero que en la doctrina y en el derecho peruano —léase en el Código Civil peruano— integran el elenco de remedios frente al incumplimiento.

La objeción surge porque se interpreta que el tratamiento de la resolución por incumplimiento previsto en la LCE importa por sí mismo una opción del legislador en el sentido de haber optado por excluir todo remedio distinto. Es decir, bajo esta lectura de la LCE se sostiene que ante el incumplimiento el acreedor solo dispondría de la tutela de cumplimiento y de la resolución por incumplimiento en los términos previstos en la LCE.

En el presente artículo expondremos las razones que, consideramos, permiten concluir que en el ámbito de las contrataciones con el Estado resulta posible aplicar los remedios previstos en el Código Civil peruano y no incluidos en la LCE.

## **2. BREVE APROXIMACIÓN SOBRE EL RÉGIMEN DEL INCUMPLIMIENTO Y LOS REMEDIOS CONTRACTUALES EN EL DERECHO CIVIL PERUANO**

En concordancia con su naturaleza, la LCE no se ocupa del incumplimiento contractual para definirlo o para abordarlo de modo general, sino que, partiendo de un concepto ya adoptado en el derecho civil peruano, trata aspectos particulares regulando en forma especial algunas de sus consecuencias en el contexto de la ejecución contractual de las contrataciones con el Estado.

A este efecto, y para comprender de modo sumario algunos de los aspectos más relevantes del incumplimiento en el derecho peruano, nos referiremos al incumplimiento como tal en la doctrina y a su tratamiento en el Código Civil peruano.

El Código Civil peruano optó por considerar que el contrato como fuente de obligaciones tiene como efecto y contenido la relación de crédito que crea que, a su vez, tiene como objeto a la prestación. Observado como un vehículo de cooperación, la relación obligatoria se configura como una herramienta de naturaleza instrumental a fin de satisfacer el interés del acreedor y, de este modo, realizar intereses que el ordenamiento considera dignos de protección. Es así como el ordenamiento promueve y protege el cumplimiento de las obligaciones a través de diversos mecanismos, al mismo tiempo que regula otros mecanismos orientados a desincentivar su incumplimiento.

El incumplimiento ha sido tratado en la doctrina como una situación de naturaleza patológica que se produce cuando, en general, el deudor ineficaz su obligación por causa imputable. Cabe precisar —sin ánimo de abordar la compleja y amplia doctrina que se ocupa del incumplimiento— que la simple ineficacia de la prestación a cargo del deudor, aludida como la ejecución *parcial, tardía y defectuosa* en nuestro Código Civil, es aquella que se presenta ante la simple inobservancia o la transgresión de los principios del *pago*, esto es, los principios de identidad, integridad y oportunidad que deben cumplirse para que el deber de prestación a cargo del deudor se realice en forma cabal y debida, de modo que aquel constituya *pago* y, de este modo, consiga el efecto extintivo que le es propio y que, además, realizará el interés del acreedor.

En cambio, el término «incumplimiento», que es en esencia una situación de inexecución, se configura cuando se trata de una inexecución particularmente grave, imputable al deudor y que lesiona el interés de crédito del acreedor. De allí que la expresión «ejecución parcial, tardía o defectuosa», empleada recurrentemente en el libro de Obligaciones del Código Civil, no sea necesariamente equivalente al término «incumplimiento» empleado en el libro de contratos, también del Código Civil peruano.

Luque Gamero,<sup>1</sup> en su momento, señaló, con relación al incumplimiento como presupuesto para la actuación de la excepción de incumplimiento, que en estricto debería hablarse de retardo en la ejecución o mora en la ejecución, y no de incumplimiento, en tanto considera que al momento de ejercitarse este remedio quien opone la excepción estaría también en situación de mora. Sin embargo, como veremos, es requisito que quien articula el remedio de la *exceptio* no se encuentre en situación de retardo ni de incumplimiento.

Ahora bien, el incumplimiento puede quedar configurado cuando la ley así lo califica expresamente. Como se sabe, la ley contiene diversas disposiciones que establecen cuándo se produce una situación de incumplimiento. Tal es el caso, por ejemplo, cuando el Código Civil regula las causales de resolución de un contrato.

Así, tenemos, el caso de las causales de resolución del contrato de arrendamiento en las que se aprecia que el legislador considera que la violación de determinadas obligaciones constituye incumplimiento, desde que ellas activan la tutela resolutoria del arrendador. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en la LCE cuando deja establecido que la acumulación de monto máximo de penalidades constituye una causal de resolución del contrato,<sup>2</sup> revelando de este modo que dicha transgresión constituye incumplimiento.

En estos casos, el acreedor no tendrá que acreditar que la inexecución en cuestión constituye una infracción grave y relevante y que lesiona su interés de modo severo, pues ya la ley calificó tal situación como una de incumplimiento al asignarle las consecuencias que solo el incumplimiento puede provocar, como es el caso de habilitar el derecho resolutorio por incumplimiento a cargo del acreedor. En estos casos, bastará que el acreedor acredite que el deudor —en el plano de los hechos— incurrió en la causal prevista en la ley para quedar habilitado a resolver el contrato por incumplimiento.

En el ámbito del derecho privado es perfectamente posible que las partes incluyan en el programa contractual causales de resolución por incumplimiento, o que, en concreto, establezcan cuándo se entenderá producida una situación de incumplimiento. De esta forma, las partes se anticipan a fin de evitar una futura discusión sobre cuándo se generará una situación de incumplimiento, y en cambio, aliviándose esta tarea, solo se limitarán a probar que se produjo el supuesto de hecho calificado como incumplimiento en cuestión, para que las consecuencias que de este se deriven resulten incuestionables. A este efecto, el Código Civil incluyó como parte del elenco de las modalidades de la resolución por incumplimiento a la denominada resolución por cláusula resolutoria.

Ahora bien, cuando la ley no ha señalado cuándo una determinada situación de inexecución contractual califica como incumplimiento, y cuando las partes tampoco lo han previsto, es que corresponde analizar la situación concreta bajo los parámetros generales que configuran el incumplimiento en general, y esto, en doctrina, no resulta una labor tan sencilla, como podría pensarse. Y es que en el caso en concreto habrá que analizar si la infracción es grave o de no poca importancia, y si en el

<sup>1</sup> LUQUE GAMERO, Ricardo. «Excepción de incumplimiento». En *Temas de Derecho contractual*. Lima: Cultural Cuzco, 1987, pp. 36-43.

<sup>2</sup> Reglamento de la LCE

Artículo 165.- «Procedimiento de resolución de contrato

[...]

165.4 La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato».

contexto concreto es razonable considerar que el interés del acreedor quedó lesionado de forma definitiva como consecuencia de la inejecución creditoria.

Es evidente que una situación de inejecución total, en los términos y plazos pactados, configura una clara situación de incumplimiento, así como los casos de obligaciones con vencimiento de plazo esencial. Sin embargo, la realidad muestra que las controversias sobre el incumplimiento suelen girar, las más de las veces, en torno a inejecuciones parciales.

Solo para graficar este aspecto del incumplimiento, podríamos observar los matices que presenta la cuantificación del incumplimiento cuando se trata de prestaciones divisibles. Y es que podría discutirse —como de hecho ocurre— si una prestación incumplida en un 5 % configura un incumplimiento como lo configura esa misma prestación incumplida en un 90 %. Esto observando solo el principio de integridad cuando la prestación es divisible, pues lo mismo podría observarse para el caso de los principios de identidad y oportunidad. Si bien es razonable considerar que toda inejecución es incumplimiento, también lo es considerar cada caso en concreto y sostener que no toda inejecución configura incumplimiento, y por ello algunos códigos, como el peruano, exigen una concreta actuación del acreedor ante la inejecución que ponga de manifiesto la pérdida de interés en la ejecución, o que se agote la tutela de cumplimiento como, por ejemplo, ocurre cuando se exige que el deudor quede previamente constituido en mora para resolver el contrato por incumplimiento.

Otro aspecto que guarda relación con el examen del incumplimiento es el referido a la imputación del incumplimiento. Como se sabe, solo el incumplimiento imputable activa sus consecuencias y las tutelas de las que dispone el acreedor. Esto se traduce en la necesidad de excluir toda causa no imputable que pudiera haber afectado la ejecución del deber de prestación a cargo del deudor. De hecho, la invocación de la causa no imputable corresponde al deudor e incluye el caso fortuito y la fuerza mayor y, en general, el hecho de tercero y los actos del propio acreedor. El fundamento de la exclusión de toda causa no imputable reposa en la justicia que debe existir para imputar el incumplimiento al deudor, pues si por razones objetivas y concretas la ejecución no pudo efectuarse o no pudo efectuarse en los términos pactados en el título de la obligación, no resulta equitativo trasladarle las consecuencias de tales hechos al deudor, pues al tratarse de eventos ajenos a la esfera de control del deudor se presentan como circunstancias sobrevenientes no previsibles y al mismo tiempo irresistibles.

Finalmente, entre otros aspectos referidos al incumplimiento, la doctrina observa que el incumplimiento no debe haber sido convalidado por el acreedor. Si bien el mismo queda constituido desde que se verifica la falta de cumplimiento por causa imputable al deudor, no es menos cierto que si el acreedor consiente con el incumplimiento —ya sea a través de una manifestación de voluntad expresa o tácita—, no resultará posible que luego aquel pretenda oponerle al deudor los efectos de tal incumplimiento, por cuanto se trataría de una actuación contraria al principio de buena fe, conforme lo ha dejado expresado entre nosotros De la Puente y Lavalle cuando se ocupa de este tema.<sup>3</sup>

Frente al incumplimiento, el ordenamiento jurídico reacciona poniendo a disposición de la parte perjudicada una serie de mecanismos que le permitan hacerle frente al perjuicio que aquel ocasiona, dotándolo de un conjunto de instrumentos legales a fin de que, en esencia, obtenga el cumplimiento de la prestación no ejecutada o, de ser el caso, obtenga o se procure el resarcimiento de los daños que permitan compensarlos.

---

<sup>3</sup> TORRES MALDONADO, Marco Andrei. «La función limitativa de derechos y correctiva de la buena fe en la resolución contractual». En *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, p. 214, señala: «[L]a función correctiva y limitativa de derechos que ostentan la buena fe, por ejemplo, se evidencia en la prohibición de la potestad resolutoria si el incumplimiento no fue esencial, en la prohibición de que la otra parte pretenda el cumplimiento de la contraprestación cuando aquella no ha ejecutado la misma, en la prohibición de la potestad resolutoria si la misma no se ejerció durante mucho tiempo y fue tolerado por el acreedor, en la exigibilidad de una penalidad que no resulta de aplicación para la forma de resolución del contrato, entre otros».

No hace falta explicitar que el ordenamiento jurídico se organiza para alcanzar determinados fines, entre los que se incluyen la realización de los intereses y el bienestar de los individuos. La importancia de este cometido en el ámbito del derecho civil patrimonial es evidente. Las operaciones de intercambio en general observadas como operaciones económicas permiten la asignación eficiente de recursos y la generación de beneficios que mediante la actuación privada —vía los actos de autonomía privada—, como es el caso de los contratos, la procura. De este modo, no es difícil comprender que en un mercado o espacio de intercambios se requiere de un marco legal que proteja e incentive el cumplimiento de los contratos. Por ello es que la doctrina y nuestro Código Civil incluyen un conjunto de reglas que reglamentan las relaciones de crédito y, al mismo tiempo, un conjunto de mecanismos orientados a fortalecer y asegurar el cumplimiento de los contratos.

De forma resumida y general, podríamos decir que los remedios que pone el sistema legal a fin de contrarrestar el incumplimiento son: (i) la tutela de cumplimiento; (ii) el resarcimiento de daños; (iii) la resolución por incumplimiento; (iv) la excepción de incumplimiento; y (v) la caducidad de término o plazo.<sup>4</sup>

Considerado como un remedio de naturaleza específica, la excepción de incumplimiento conforma el elenco de remedios que en la doctrina protegen el contrato del desequilibrio contractual provocado por el incumplimiento y está regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

### 3. LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

La doctrina es pacífica en señalar que frente a la lesión de crédito que provoca el incumplimiento del deudor, el ordenamiento jurídico pone a disposición de este último un conjunto de remedios o tutelas orientadas a remover o minimizar los efectos que ocasiona el incumplimiento en la esfera jurídica del acreedor. Esta protección que el ordenamiento prevé se justifica en la importancia de tutelar el derecho de crédito del acreedor a fin garantizar los fines patrimoniales que la relación de obligación persigue.

De hecho, frente al incumplimiento, la primera reacción de la que dispone el acreedor es la denominada tutela de cumplimiento que faculta al acreedor a exigirle el cumplimiento forzoso al deudor a través del ejercicio del derecho de acción en sede jurisdiccional. Esta tutela se puede ejercer a través de diversos mecanismos —incluida la posibilidad de procurarse el pago a través de terceros—, con el único fin de que el acreedor pueda obtener el cumplimiento de la prestación objeto de la obligación asumida por el deudor.

Sin embargo, esta no es la única tutela de la que dispone el acreedor para realizar su crédito.

En sede de contratos con prestaciones recíprocas se ubica la denominada *excepción de incumplimiento* como un mecanismo de tutela específico. Nótese que el fundamento de este remedio reposa en la naturaleza y estructura de los llamados contratos con prestaciones recíprocas o correspectivas, que introdujo en el Perú el Código Civil de 1984. Y es que en estos contratos las obligaciones que asumen las partes nacen vinculadas por una relación de dependencia mutua o recíproca, es decir, la obligación de una parte es la causa de la otra. Por esta razón, la doctrina que siguió nuestro Código Civil desarrolla, entre otras consecuencias de la reciprocidad, la figura de la excepción de incumplimiento, pues a través de este remedio la parte afectada con el incumplimiento queda autorizada a suspender el cumplimiento de la obligación a su cargo hasta que la otra parte cumpla o garantice que cumplirá. De este modo, la excepción de incumplimiento se configura como un mecanismo de tutela del acreedor o de un remedio orientado a garantizar el equilibrio contractual en los contratos con prestaciones recíprocas.

<sup>4</sup> Para una lectura general del tema: BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «La importancia de hacer cumplir los contratos: los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito». En *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, tomo 1, pp.445-462.

La excepción de incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) se encuentra regulada en el Código Civil peruano en el artículo 1426<sup>5</sup> y adopta la forma de una excepción de carácter sustantivo en tanto la parte requerida para el cumplimiento de su obligación invoca —vía la oposición de esta defensa sustantiva— el incumplimiento de la parte que lo requiere para suspender su cumplimiento hasta que la otra parte cumpla o garantice que cumplirá, tratándose de obligaciones recíprocas y de ejecución simultánea.<sup>6</sup>

En este sentido, la excepción de incumplimiento no puede ser postulada como pretensión, pues ella solo es susceptible de ser articulada cuando el acreedor —que se encuentra en situación de incumplimiento— requiere el cumplimiento al deudor a fin de que ejecute su prestación, y entonces este queda facultado a ejercer este derecho potestativo a fin de, legítimamente, quedar autorizado a suspender la ejecución de la prestación a su cargo. En este mismo sentido, la excepción de incumplimiento carece de carácter reconvenzional en nuestro ordenamiento jurídico, es decir, solo queda limitada a servir de medio de defensa y no puede constituir una tutela de cumplimiento, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos.<sup>7</sup>

Por ello se dice que se trata de una excepción de carácter sustantivo —a diferencia de las excepciones procesales—, pues actúa como verdadero medio de defensa en favor de quien es requerido para que cumpla, sobre la base de invocar un presupuesto de fondo y no un presupuesto procesal como condición para el ejercicio de la acción.

Manuel de la Puente, señalaba que: «La doctrina coincide, mayoritariamente, en considerar que la excepción de incumplimiento es el ejercicio de la facultad que tiene cada parte de suspender legítimamente la prestación debida, cuando la otra parte exige la ejecución de ella, mientras esta parte no cumple u ofrece cumplir la contraprestación a su cargo».<sup>8</sup>

La justificación de este remedio contractual reposa, fundamentalmente, en el carácter recíproco de las prestaciones que son objeto del contrato, y en la teoría de la buena fe, concebida como un principio general de actuación en la fase de negociación, celebración y ejecución contractual que ha sido recogido por el artículo 1362 de nuestro Código Civil.

### 3.1. Requisitos

En orden a lo antes expuesto, tenemos que la excepción de incumplimiento solo cabe en los contratos con prestaciones recíprocas, y por tanto, es un requisito que su ejercicio solo tenga lugar en el marco de un contrato con prestaciones recíprocas.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Artículo 1426.- «Incumplimiento

En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento».

<sup>6</sup> ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pp. 901-905, va aseñalar que: «La excepción de incumplimiento es un remedio sinalagmático, como la resolución: ambas impiden la actuación desequilibrada del contrato, en el cual una parte cumple y la otra no. Pero son claras las diferencias: la resolución disuelve el contrato y destruye las correspondientes obligaciones, mientras la excepción se limita a suspender temporalmente la obligación del excepcionante; más bien, la excepción es, precisamente, el factor que impide la disolución del contrato, en cuanto paraliza la demanda de resolución planteada en contra del excepcionante». SPOTA, Alberto G. *Instituciones del derecho civil*. Buenos Aires: Depalma, 1984, vol. I, pp.143-145, señala en este mismo sentido: «se tratase una consecuencia del principio de reciprocidad que rige en los contratos bilaterales».

<sup>7</sup> Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)

Artículo 1031.- «Suspensión del cumplimiento

En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción [...]». EDITORIAL ESTUDIO. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Editorial Estudio, 2016, p. 192.

<sup>8</sup> DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores, 2017, tomo II, p. 42.

<sup>9</sup> Una posición distinta entre nosotros la tiene CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. «No soy yo, eres tú: la excepción de incumplimiento en el derecho peruano». En LP, *Pasión por el Derecho*, 3 de marzo de 2022. Recuperado de <<https://lpderecho.pe/excepcion-incumplimiento-derecho-peruano/>>, señala lo siguiente: «Se dice que esta norma solo es aplicable a los contratos con prestaciones



Por la estructura que adopta el contrato con prestaciones recíprocas<sup>10</sup> se tiene que este provoca o despliega cuatro consecuencias: (i) la excepción de incumplimiento; (ii) la caducidad de término; (iii) la resolución por incumplimiento; y, (iv) la teoría del riesgo.

Estas consecuencias encuentran su fundamento en la reciprocidad de las prestaciones que forman parte de la relación contractual.

La reciprocidad en la forma en que han sido contraídas las obligaciones se traduce en una necesidad de mantener el equilibrio durante la fase de ejecución contractual. Giovanni Pacchionni<sup>11</sup> señala que: «Cuando dos personas concluyen un contrato bilateral, ellas asumen obligaciones recíprocas y correspectivas, que establecen una absoluta paridad de situación jurídica, la cual se vería alterada si una de las partes debiera cumplir la propia obligación, independientemente de haber la otra cumplido la suya o estar dispuesta a cumplirla contemporáneamente».

Es importante tener en cuenta que la reciprocidad debe mantenerse desde la celebración del contrato (sinalagma genético) hasta la ejecución de todas las obligaciones (sinalagma funcional). Para el caso de los contratos de duración, es decir, aquellos cuyas prestaciones se deben ejecutar en el tiempo, la reciprocidad debe proyectarse, manteniendo el equilibrio en la forma en que ambas partes se obligaron, hasta que el contrato quede agotado. Y es que el interés de las partes no solo se realiza cuando las partes se obligan desde la celebración del contrato en forma recíproca, sino y sobre todo, cuando esa reciprocidad se mantiene durante toda la vida del contrato.

Por otro lado, tenemos que el presupuesto material —requisito esencial— para articular la excepción de incumplimiento es el incumplimiento. Es decir, no podrá ejercitarse este remedio en tanto no se produzca el incumplimiento. Cabe agregar a lo ya antes expresado que la doctrina discute si el incumplimiento que activa el ejercicio de este remedio debe ser siempre imputable, pues algunos autores consideran que basta que la prestación no se ejecute en el plazo y forma pactados, con prescindencia de la imputación, para que la parte afectada pueda invocar la excepción de incumplimiento.

Y es que el incumplimiento, al margen de la causa que finalmente lo provoca, genera un perjuicio o lesión en la esfera jurídica del acreedor y, por ello, podría considerarse que aun por causa no imputable cualquier incumplimiento activa este derecho. Sin embargo, y a pesar de que el perjuicio se genera en la esfera del acreedor con el solo incumplimiento, considero, siguiendo a De la Puente, que solo el incumplimiento imputable es capaz de activar este remedio,<sup>12</sup> pues cuando se presenta una causa no imputable que afecta la ejecución de modo que, por ejemplo, la torna en imposible, entonces dicha obligación se resuelve —y por consiguiente se extingue—, y por ello la parte «incumplidora» no estaría obligada a nada, y con ello desaparecería la reciprocidad que es el fundamento de la excepción de incumplimiento.

Otro requisito que debe considerarse es el hecho de que quien invoca la excepción de incumplimiento no se encuentre, a su vez, en situación de incumplimiento. Y es que, de ser así, ello podría dar lugar a una actuación de mala fe, en la que quien pretende protegerse con el remedio contractual,

---

recíprocas de cumplimiento simultáneo, situación que no es todo cierta. Así, de forma correcta, César Fernández, citando a Mes-sineo, destaca que “la situación en que puede encontrar aplicación la excepción de incumplimiento implica un primer incumplimiento que determina y justifica el segundo”. Sin embargo, el autor citado, César Fernández Fernández, señala precisamente lo contrario cuando afirma que: «En primer término debemos señalar que la excepción de incumplimiento solo procede en los contratos con prestaciones recíprocas (prestación y contraprestación), debido a que las obligaciones a cargo de una de las partes son correlativas de las que quedan a cargo de la otra». FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. «Artículo 1426. Excepción de incumplimiento». En *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VII, p. 499.

<sup>10</sup> Regulado por primera vez en nuestro Código Civil vigente de 1984, tiene su antecedente inmediato en el Código Civil italiano de 1942 y, además, se distingue de su antecesor, el llamado «contrato bilateral», contrato que constituye una categoría similar y que alude a aquellos contratos en los que, en general, ambas partes asumen obligaciones. El contrato con prestaciones recíprocas, en cambio, sería una especie de esta categoría en la que dichas obligaciones asumidas por las partes nacen vinculadas por la reciprocidad que hace que cada una dependa de la otra.

<sup>11</sup> PACCHIONNI, Giovanni. *Dei contratti in generale*. Padova: Cedam, 1939, volumen II.

<sup>12</sup> DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 232.

en el fondo pretende justificar su incumplimiento. Este requisito ha sido tratado como parte de la buena fe que, como deber general, les impone a los contratantes en general, el imperativo de actuar en el marco de la común intención plasmada en el contrato sin apartarse de sus fines.<sup>13</sup>

Por otro lado, la doctrina y nuestro Código Civil entienden como requisito para actuar la excepción de incumplimiento, la simultaneidad en la ejecución de las prestaciones a cargo de las partes. La simultaneidad no puede ser confundida con la reciprocidad, pues mientras la primera alude al momento u oportunidad, en que deben ejecutarse ambas prestaciones, la reciprocidad guarda relación con la forma en que ambas partes se obligan desde la celebración del contrato y hasta su ejecución total.

El aspecto de la simultaneidad de la ejecución de las obligaciones que establece como requisito el citado artículo 1426 del Código Civil hay que entenderlo en el sentido de que debe tratarse de obligaciones que deben ejecutarse en forma contemporánea, incluyendo el caso que se presenta cuando quien exige el cumplimiento ya se encuentra cronológicamente en situación de incumplimiento debido a que su momento de cumplimiento, dentro del cronograma contractual, debió ocurrir antes que la obligación que se exige.

En efecto, este aspecto de la simultaneidad no puede ser interpretado en un sentido literal, pues esto nos llevaría a concluir que la excepción de incumplimiento solo tiene lugar allí donde las prestaciones deban ejecutarse en el mismo momento. Y es que el término *simultáneo* según el diccionario de la RAE,<sup>14</sup> equivale a: ‘al mismo tiempo’, ‘a la vez’, ‘formado a la vez’, ‘dicho de una cosa: que se hace u ocurre al mismo tiempo que otra’. Entender la simultaneidad en este sentido, significaría que el remedio contractual bajo comentario solo podría aplicarse si ambas prestaciones se ejecutan cronológicamente en el mismo momento, y ello, como es evidente, no solo es excepcional, sino casi imposible. Y es que si ello fuera así, tendríamos que asistir al caso que solo se presenta cuando las prestaciones a cargo de cada parte deben ejecutarse a la misma hora; y ello, en realidad, no podría ocurrir, salvo casos muy excepcionales, pues siempre una de las prestaciones se ejecutará primero. Imaginemos, por ejemplo, el caso de la firma de una escritura pública de compraventa que se pacta contra la entrega del cheque que contiene el precio. Aunque se trata de prestaciones que se ejecutarán «a la vez», es evidente que alguna de las prestaciones se ejecutará primero, aunque la diferencia de tiempo sea mínima.

Asimismo, es necesario destacar —como anticipamos— que si el principio que justifica el ejercicio de la excepción de incumplimiento es la reciprocidad, tenemos que dentro del concepto de «simultaneidad» tendría que, necesariamente, incluirse el caso en que una de las partes incumple primero, que, en estricto, no constituye para nada un supuesto de ejecución simultánea.

Cabe señalar que en los contratos con prestaciones a cargo de ambas partes, solo existen tres posibilidades de ejecución en el tiempo: (i) que ambas partes deban ejecutar en el mismo momento; (ii) que una de ellas deba ejecutar primero; y (iii) que la otra parte sea la que deba ejecutar primero.

Aunque parezca que solo el primer supuesto es el que se encuentra comprendido dentro del requisito de la «simultaneidad» de prestaciones, lo cierto es que ello no es así, porque con más razón estará igualmente comprendido aquel supuesto en que la parte que debía ejecutar primero su prestación no lo hizo, y luego ella misma exige el cumplimiento a la otra, la que, como resulta evidente,

<sup>13</sup> SILVA SANTISTEVAN VALDIVIA, Marco. «El principio de la buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos». En *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, p. 202: «Si bien es cierto es un principio contractual el cumplimiento de los contratos y, por tal motivo, el deudor debe cumplir, no es menos cierto que el acreedor no puede pedir más que lo que se armonice con la equidad y la buena fe, atendiendo a las circunstancias del caso, a las particularidades de persona, tiempo, lugar y al tipo de contrato celebrado».

<sup>14</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Simultáneo». En *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. Recuperado de <<https://dle.rae.es/simult%C3%A1neo%20?m=form>>.

podrá deducir la excepción de incumplimiento, pues el incumplimiento de quien requiere el cumplimiento habrá quedado configurado mucho antes.<sup>15</sup> Es decir, ni la simultaneidad significa solo ejecución al mismo tiempo, ni tampoco se agota solo en las ejecuciones contemporáneas, sino que incluye el caso en que quien exige el cumplimiento ya se encuentra en situación de incumplimiento, de modo que el derecho de oponer la excepción también le corresponde a quien debe ejecutar en segundo lugar, por aplicación del principio *Ubi eadem ratio, idem jus* (a igual razón igual derecho).

No obstante lo expuesto, algunos autores repiten, equivocadamente, que la simultaneidad se traduce en un simple *toma y daca*, simplificando el análisis al punto de considerar al término *simultáneo* en su sentido más literal, que desatiende la interpretación que merece dicho término en función de la *ratio* que sustenta la institución de la excepción de incumplimiento, esto es, la reciprocidad.<sup>16</sup>

Finalmente, como cualquier derecho, la excepción de incumplimiento debe ser ejercida bajo el alcance del principio de la buena fe, tal y como expresamente lo señala el artículo 1362 del Código Civil peruano.<sup>17</sup> Esta máxima de conducta no se agota en un requisito concreto de actuación, sino que de modo amplio se configura como una exigencia o deber general, que les impone a los contratantes una conducta que atienda y respete los términos y la común intención de las partes plasmada en el contrato. De este modo, ninguna de las partes en un contrato podría obtener los beneficios de un remedio previsto por el ordenamiento si al ejercerlo obtiene un beneficio indebido o reñido con la justicia y equidad.

Entre nosotros, Espinoza Espinoza ha señalado que la buena fe es entendida, esencialmente, como una exigencia de la convivencia y de la seguridad social, que presenta un doble contenido —esto es, un aspecto negativo y otro positivo— que se despliegan en torno a una cooperación para con el otro.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Con este mismo parecer: BARBOZA BERAÚN, Eduardo. «Excepción de incumplimiento o excepcional dolor de cabeza». En *Advocatus*, 2003-II, n.º 9, pp. 391-392, señala: «[...] Debemos tener presente que existen contratos cuyas prestaciones son ejecutadas simultáneamente en el tiempo, y que existen otros que no, es decir, aquellos en los que una de las partes debe cumplir primero, mientras que la otra debe cumplir después. [...] Cabe preguntarse ¿si en este segundo tipo de contratos, quien debe cumplir primero es quien incumple, podría entonces, quien debe cumplir en segundo lugar, deducirle la excepción de incumplimiento, ¿o será que no está permitido porque no se ha cumplido con el requisito de la simultaneidad, sin más remedio que tener que cumplir la prestación a su cargo? Si la norma exigiera como requisito una simultaneidad en el tiempo, ello querría decir que la parte fiel del segundo tipo de contrato, aludido en el párrafo anterior no podría utilizar la *exceptio non adimpleti contractus*, tratándose paradójicamente sin duda de aquellos contratos que necesitan aún más dicha herramienta contractual. Creemos que, en cualquiera de los dos casos debería poderse deducir esta excepción, incluso con mayor razón cuando se trata de cumplimientos no simultáneos o en tiempos diferentes».

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. *Op. cit.*, p. 499, señala que: «A ello debe también sumarse la “simultaneidad”, por cuanto dichas prestaciones deben cumplirse en forma simultánea, en un mismo momento, a la par, mano a mano, es decir, debe estar presente la regla básica del *toma y daca* en su expresión claramente definida: “Doy para que des” como consecuencia de su nacimiento en relación recíproca».

<sup>17</sup> Artículo 1362.- «Buena fe

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

<sup>18</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «El principio de la buena fe». En *Advocatus*, 2011, n.º 24. Recuperado de <<http://justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/El%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20-%20JUAN%20ESPINOZA%20ESPINOZA.pdf>>, señala que: «La buena fe es entendida como una “exigencia de la convivencia y de la solidaridad social” que se presenta bajo un doble aspecto: “a) bajo un aspecto puramente negativo: aspecto que está impreso en la máxima romana del *alterum non laedere* y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno. b) Bajo un aspecto positivo, que impone no simplemente un comportamiento de respeto sino una comprometida colaboración con otros sujetos, dirigido a promover su interés”. Para la doctrina alemana, la buena fe “es esencialmente un comportamiento de cooperación, dirigido a cumplir de manera positiva las expectativas de la otra parte: comportamiento cuyos aspectos sobresalientes son la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la disponibilidad para socorrer a la contraparte y, en sede de negociación, de formación del contrato, la lealtad y la veracidad hacia la contraparte”. Cuando el Código Civil hace referencia al principio de buena fe, se pueden distinguir cuatro acepciones: a) Como el estado de ignorancia de un interés ajeno tutelado por el derecho, como el caso del art. 284 CC (que se refiere al cónyuge que no sabía que había contraído matrimonio con una persona casada) o el del art. 906 CC (uno cree que posee un bien de manera legítima, cuando en verdad no es así). Sin embargo, se advierte que “hay normas elementales de sociabilidad que imponen tener conocimiento de la situación que nos interesa y que para nosotros no es lícito ignorar: estas establecen una carga de atención y de diligencia en orden al conocimiento. Si nosotros ignoramos de estar en una situación irregular y a esta ignorancia estamos siendo llevados por nuestra inexcusable inercia, no podemos invocar esta ignorancia, para sostener que estamos en buena fe. La buena fe debe ser ignorancia, pero también legítima ignorancia, de manera tal que, con el uso de la normal diligencia, no habría podido ser superada”, b) Como creencia en la apariencia de una relación o situación que legitima a la contraparte, a disponer de un derecho determinado, como el supuesto del art. 1225

De esta forma, la buena fe que debe estar presente en la actuación de quien articula la excepción de incumplimiento puede adoptar diversas formas de cooperación que, entre otras, incluye la de no invocar el incumplimiento ajeno consentido o convalidado, para luego invocar dicho remedio, pues de esta forma se vulnera este principio de buena fe. Como ya quedó expuesto, tampoco podría recurrirse a este remedio si quien lo invoca se encuentra en una situación de incumplimiento.

Hoy en día existe una clara tendencia a darle al concepto de buena fe un alcance cada vez más protagonista y transversal, de modo que toda interpretación y aplicación de derechos sea leía y compulsada bajo este principio.

### 3.2. Efectos

A diferencia de la resolución por incumplimiento, la excepción de incumplimiento trae como efecto directo la suspensión de la obligación a cargo de quien la invoca. Es decir, la consecuencia de su actuación es la de provocar un efecto suspensivo parcial respecto de las obligaciones del contrato.

No hay que perder de vista que quien invoca este remedio contractual no pretende resolver el contrato —aunque ambos remedios, tanto la *exceptio* como la resolución por incumplimiento tienen como presupuesto material al incumplimiento—, sino solo evitar que el desequilibrio contractual, que de seguro ya se produjo en el plano de los hechos, se magnifique aún más si el potencial excepcionante cumple con su prestación cuando es requerido. Esto es así por cuanto el objeto de este remedio es provocar que la parte que se encuentra en estado de incumplimiento ejecute su prestación o que garantice su cumplimiento.

Considerando que todo contrato tiene por objetivo realizar intereses resulta razonable comprender que ante un inicial escenario de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento, la parte perjudicada no estará animada para precipitar la resolución del contrato, pues si contrató es que porque persigue realizar intereses mediante la actuación de su contraparte. Por ello, este mecanismo de defensa sustantivo pone a su disposición una forma equitativa e inicial de inducir a la parte incumplidora a cumplir y, al mismo tiempo, evitar que el desequilibrio se magnifique y se vuelva irreversible.

Articulada la excepción de incumplimiento, el contrato no pierde vigencia, sino que la obligación a cargo de la parte afectada con el incumplimiento queda suspendida. En palabras de Hinestroza:

22. La excepción de contrato no cumplido es un medio absolutamente defensivo y de naturaleza transitoria, simplemente suspende los efectos finales del contrato. Es una medida de legítima defensa. Paraliza la acción ejecutiva del contendor, e incluso su acción resolutoria y deja las cosas provisionalmente en suspenso. Es una excepción de las que antaño se denominaban, con propiedad, dilatorias: no matan la pretensión, simplemente la muestran prematuramente ejercida y difieren para oportunidad posterior la dilucidación definitiva del caso.<sup>19</sup>

Un aspecto poco tratado y que resulta de la mayor relevancia es el referido al efecto que genera la articulación de la excepción de incumplimiento en el sentido de paralizar la acción resolutoria de quien exige el cumplimiento. Si bien se trata de un efecto indirecto y eventual, se trata de una consecuencia que en la práctica podría cuestionar la validez de una resolución del contrato por incumplimiento actuada por la parte que requiere el cumplimiento.

---

CC (pago al acreedor aparente), del art. 665 CC (contrato celebrado con el heredero aparente), del art. 194 CC (contrato celebrado en la creencia de la realidad del negocio aparente). c) Como lealtad en la negociación de un contrato y como corrección en el comportamiento en el contrato celebrado, que consiste en un “leal comportamiento caracterizado por un consciente respeto al interés del otro contratante” como es el caso del art. 1362 CC (negociación, celebración y ejecución del contrato). Este tipo de buena fe se traduce en “el comportamiento de activa cooperación en el interés ajeno, en un comportamiento de fidelidad al vínculo, por el cual una parte de la relación obligatoria está disponible para cumplir las expectativas de prestación de la contraparte”.

<sup>19</sup> HINESTROZA, Fernando: «Tutela del acreedor frente al deudor incumplido». En *Incumplimiento contractual y tutela del acreedor*. Lima: Grijley, 2007, p. 197.

Nos explicamos. Suele ocurrir que el procedimiento resolutorio, según la ley o el propio contrato, exige el requerimiento previo a la parte que se encuentra en situación de incumplimiento como condición para que opere la resolución por incumplimiento. Ya sea que la resolución se precipite ante la sola falta de cumplimiento en el plazo de requerimiento, o que, vencido el plazo otorgado y contenido en el requerimiento previo, surja recién el derecho potestativo para resolver, lo cierto es que este requerimiento previo podría dar lugar a la articulación de la excepción de incumplimiento, si quien requiere se encuentra en situación de incumplimiento.

En este caso, de confirmarse que la excepción de incumplimiento fue correctamente ejercitada, los efectos del requerimiento previo no habilitarían el ejercicio resolutorio en tanto la inmediata consecuencia de la excepción de incumplimiento es la de suspender, precisamente, aquella obligación requerida y que sustentaría la resolución del contrato. Por esta razón, se trata de un efecto indirecto y eventual, pues solo se presentará en aquellos casos, en que, en forma posterior al requerimiento de cumplimiento, se deduzca la excepción y la parte que requirió actúe la resolución del contrato por incumplimiento.

Por esta razón, este efecto indirecto y eventual pone en evidencia que el efecto suspensivo que provoca la articulación de este remedio contractual se produce en forma inmediata con la sola notificación a la otra parte en el sentido de hacer valer este mecanismo de defensa. Así las cosas, al quedar suspendida la obligación de cumplimiento de la parte requerida no podría de modo alguno configurarse el incumplimiento que justificaría la resolución del contrato, pues el incumplimiento solo se constituye cuando existe una obligación vigente y exigible, y esta es incumplida por causa imputable.

De otro lado, este efecto suspensivo que venimos analizando solo tiene un carácter temporal y transitorio. Y es que como señala la doctrina y el artículo 1426 del Código Civil peruano, la suspensión acabará tan pronto la parte que requiere el cumplimiento —y que está en estado de incumplimiento— cumpla su prestación o cuando sin cumplir, garantice que lo hará. Una vez que ocurra cualesquiera de las dos cosas se levantará automáticamente la suspensión y la parte requerida deberá cumplir.

### 3.3. *Procedimiento*

La doctrina en general no se ocupa de la forma o el procedimiento que debe instrumentalizar el ejercicio de la excepción de incumplimiento. De hecho, el Código Civil peruano no establece ninguna forma para ejercerlo.

Sin embargo, resulta evidente que este derecho como un verdadero mecanismo de defensa solo puede articularse cuando la parte requerida lo invoca y lo opone a quien requiere el cumplimiento. Es decir, la excepción de incumplimiento queda constituida o articulada cuando quien la opone la notifica a su contraparte como respuesta al requerimiento de cumplimiento.

Como el Código Civil no le ha impuesto ninguna formalidad, no existe ningún inconveniente en que el medio que se emplee para notificar a la otra parte sea a través de una comunicación simple. Claro está que dada la trascendencia y relevancia de los efectos que despliega su articulación, la práctica contractual sugiere que se deje constancia de la fecha en que esta es notificada para, a partir de allí, computar la fecha exacta desde que corre la suspensión de la obligación a cargo de quien la deduce. Por ello, se suele remitir vía conducto notarial.

Nótese que la constancia de su notificación puede ser particularmente relevante si es que después del requerimiento de cumplimiento se cierna una resolución del contrato por incumplimiento. Por ello, si bien no existe ningún plazo para ejercitarla, sabemos que solo tiene lugar después del requerimiento, de manera que la oportunidad en que se oponga la excepción de incumplimiento podría tener incidencia en el *status* del contrato, pues nada impide que quien requiere el cumplimiento de una obligación actúe diversos mecanismos contractuales como la resolución del contrato, la constitución en mora, la ejecución de garantías, la imposición de penalidades, etc.

### 3.4. *Carga de la prueba*

Considerando que quien deduce la excepción de incumplimiento obtiene una protección frente al requerimiento de pago (la suspensión de la obligación a su cargo), parecería lógico que deba ser él quien acredite que la contraparte se encuentra en situación de incumplimiento. Ello porque quien opone una excepción de suyo debe probar el derecho que invoca para acceder a los beneficios del remedio en cuestión.

Sin embargo, el artículo 1229 del Código Civil,<sup>20</sup> establece como principio que la carga de la prueba del pago corresponde a quien pretende haberlo efectuado, de manera que quien deberá probar el cumplimiento no es quien deduce la excepción, sino la parte contraria que requiere el cumplimiento, pues el pago solo puede ser probado por quien alega haberlo efectuado. Es decir, no se podría exigirle a quien ejercita la *exceptio* que pruebe un hecho negativo, esto es, que la otra parte no cumplió.

### 3.5. *Renuncia*

De la Puente<sup>21</sup> considera que, al amparo de lo previsto en el artículo 1356 del Código Civil,<sup>22</sup> las partes podrían renunciar a esta protección o mecanismo de defensa. En efecto, el tratadista nacional señala que no existe ninguna disposición legal que impida este tipo de pactos. De hecho, señala que el artículo 1462 del Código Civil italiano habilita a las partes a pactar mediante cláusula la renuncia a deducir este tipo de excepciones.

En este mismo sentido, Messineo<sup>23</sup> considera que la cláusula *solve et repete*, propia del derecho tributario que establece la obligación de «pagar primero y reclamar después» resulta aplicable en tanto la suspensión de los efectos del contrato, vale decir, de las obligaciones generadas constituye un aspecto del ámbito de libre disposición de las partes, salvo que las obligaciones creadas sean contrarias a norma imperativa.

No obstante, en el Perú no podemos perder de vista que el Código de Protección y Defensa del Consumidor (2010) incluyó en su listado de cláusulas abusivas a las que excluyan o limiten derechos, como las que limitan el oponer la cláusula de excepción de incumplimiento, sancionándolas con ineficacia absoluta.<sup>24</sup> Si bien esta norma se aplica a las relaciones de consumo, no podemos soslayar el hecho de que hoy por hoy la contratación masiva o predispuesta representa un volumen mayoritario de transacciones en las que no resulta posible el pacto en contrario a fin de renunciar al ejercicio de este remedio. A diferencia del ámbito de la contratación paritaria, en las relaciones de consumo la prohibición de la renuncia cobra pleno sentido dada la asimetría que caracteriza este tipo de relaciones de intercambio.

<sup>20</sup> Artículo 1229.- «Prueba del pago  
La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado».

<sup>21</sup> DE LA PUENTE, Manuel. *Op. cit.*, p. 264.

<sup>22</sup> Artículo 1356.- «Primacía de la voluntad de contratantes

Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas».

<sup>23</sup> MESSINEO, Francesco *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Jurídica Europa-América, 1986, tomo I, p.443.

<sup>24</sup> Código de Protección y Defensa al Consumidor

Artículo 50.- «Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta

Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes: [...] Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros».

#### 4. LAS TUTELAS DEL ACREEDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO EN LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO: EL REQUERIMIENTO Y LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley n.º 30225 (en adelante, la LCE) es una norma especial que como señala su artículo 1, tiene por objeto regular el ámbito especial de las contrataciones en donde interviene el Estado como parte contractual para satisfacer fines públicos.<sup>25</sup>

Atendiendo a su naturaleza —el tratarse de una norma especial—, la LCE no reguló en forma general, ni mucho menos sistemática, un régimen referido a las tutelas del acreedor, no obstante sí incluyó reglas específicas relativas a algunos remedios contractuales.

Podríamos anticipar que, en principio, todas las reglas contenidas en el libro VI «Las obligaciones» y en el libro VII «Fuente de las obligaciones» del Código Civil se aplicarían a todas las relaciones contractuales que son objeto de regulación en la LCE, dado que se trata de normas que se ocupan de las relaciones obligatorias y contratos, salvo regulación especial distinta.

De esta forma, como parte del elenco de garantías o de previsiones que la LCE impone como obligatorias en todos los contratos que celebre el Estado, incluye la cláusula referida a la resolución por incumplimiento:

##### Artículo 32.- «El contrato

32.1 El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo.

[...]

32.3 Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias y d) *Resolución de contrato por incumplimiento*, conforme a lo previsto en el reglamento».

Es importante destacar que esta previsión ha sido una constante en las LCE anteriores.<sup>26</sup>

De otro lado, el mismo artículo 32 incluye una previsión general de cumplimiento, enfatizando el deber de obligación que cae bajo la responsabilidad del contratista, agregando el criterio de la debida diligencia como estándar de conducta para la ejecución de sus obligaciones:

32.6 El contratista es responsable de realizar correctamente la totalidad de las prestaciones derivadas de la ejecución del contrato. Para ello, debe realizar todas las acciones que estén a su alcance, empleando la debida diligencia y apoyando el buen desarrollo contractual para conseguir los objetivos públicos previstos.

Este precepto hace recodar al artículo 1314 del Código Civil peruano, que señala que: «Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por

<sup>25</sup> TUO de la Ley n.º 30225  
Artículo 1. «Finalidad

La presente norma tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos. Dichas normas se fundamentan en los principios que se enuncian en el artículo 2».

<sup>26</sup> La Ley de Contrataciones del Estado anterior —solo por citar la inmediata norma precedente—, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017, contiene este mismo criterio, e incluyó, en su artículo 40, la obligatoriedad de incluir cláusulas referidas a la resolución del contrato por incumplimiento.

su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso».<sup>27</sup> Aunque en el artículo 32.6, el legislador ha recurrido al concepto de «debida diligencia» no lo hace para establecer una exoneración de responsabilidad, sino para enfatizar en los esfuerzos y acciones que el deber de prestación le impone al contratista.

Seguidamente, la LCE establece en su artículo 36 el régimen especial de la resolución:

Artículo 36.- «Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11».

Sin ánimo de abordar el régimen de la resolución en la LCE, es preciso señalar que este artículo 36 se ocupa de forma general de la resolución del contrato, regulando el caso de la resolución derivada del caso fortuito o la fuerza mayor, así como la resolución por incumplimiento. Y es que la resolución contractual alude, en forma general, a la extinción del vínculo creado por el contrato por causa sobreviniente, tal como lo ha desarrollado ampliamente la doctrina<sup>28</sup> y lo regula, concretamente, el artículo 1372 de nuestro Código Civil.<sup>29</sup>

De esta forma, mientras el artículo 32 anteriormente citado establece la obligatoriedad de incluir cláusulas referidas a la resolución por incumplimiento, el artículo 36, regula de forma general la resolución. Como se sabe, la resolución por incumplimiento constituye una modalidad de la resolución en general, juntamente con la resolución por causa no imputable, que no tiene su origen en el incumplimiento, sino, precisamente, en situaciones ajenas a la voluntad de las partes, pero que, igualmente, provoca la resolución o extinción del vínculo contractual.

Hasta aquí las disposiciones de la LCE sobre el contrato, la ejecución contractual y la resolución.

En el Reglamento de la LCE<sup>30</sup> encontramos el capítulo III, «Incumplimiento del contrato», que incluye del artículo 132 al 138, una serie de disposiciones vinculadas a las consecuencias derivadas del incumplimiento, que incluyen las referidas a penalidades y, además, las referidas a la resolución contractual, el procedimiento resolutorio y los efectos de la resolución.

<sup>27</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón. «El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias». En *Advocatus*, 2005, n.º 13, p.153-157, comentando este artículo y, en particular, si la sola diligencia es capaz de exonerar de responsabilidad al deudor, ha señalado que la diligencia aludida en el artículo 1314 del Código Civil no mide, en concreto, los esfuerzos del deudor propios para realizar la prestación, sino mide los deberes de protección desplegados para evitar que causas ajenas y sobrevinidas no impidan la ejecución, de modo que estas llegan hasta la imposibilidad como límite de la responsabilidad, pues si el deudor cumple tales deberes accesorios de protección hubiera cumplido y brindado la utilidad esperada por el acreedor. Para este autor, la diligencia solo puede ser leída como una prueba de cumplimiento. Con ello, el deudor incumple si: (i) incumple los deberes de protección; y, (ii) si no prueba la imposibilidad sobrevinida. Con ello, la sola diligencia en la ejecución del deber de prestación no parece suficiente para procurar la exoneración de responsabilidad en caso de incumplimiento, considerando que el artículo 131 del nuestro Código Civil, fija como límites del cumplimiento y la diligencia a la imposibilidad sobreviniente (caso fortuito y fuerza mayor), y como únicas fuentes de exoneración de responsabilidad.

<sup>28</sup> Para una referencia, FORNO FLOREZ, Hugo. *Resolución por incumplimiento. Temas de derecho contractual*. Lima: Cultural Cuzco, 1987, pp. 85-88.

<sup>29</sup> Artículo 1371.- «Resolución

La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración».

<sup>30</sup> Aprobado por Decreto Supremo n.º 350-2015-EF.



El artículo 164 del Reglamento de la LCE señala lo siguiente:

Artículo 164.- «Causales de resolución

164.1 La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

164.2 El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.

[...]

164.4 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato».

En armonía con lo establecido en el artículo 36 de la LCE, el Reglamento regula expresamente el caso de la resolución por incumplimiento como un remedio directo del que dispone la entidad frente al contratista. El primer numeral solo reproduce la fórmula general de la resolución por incumplimiento, tal y como se encuentra en el artículo 1428 del Código Civil, pues señala que la entidad puede resolver el contrato cuando el contratista falta al cumplimiento injustificado de sus obligaciones.

Solo como breve comentario, podemos destacar que se recoge la institución de la resolución por incumplimiento en su formulación general, incluyendo el carácter potestativo propio de la resolución por incumplimiento, en tanto se trata del ejercicio de un derecho subjetivo de actuación discrecional, del que la entidad es titular, y que tiene como objeto modificar una esfera jurídica ajena al margen de la voluntad del contratista, cuando este incurre en incumplimiento. Asimismo, incluye el carácter de imputable que debe revestir el incumplimiento, cuando señala que se debe tratar de un incumplimiento injustificado. Esto último acorde con el criterio adoptado por la doctrina y por nuestro Código Civil. Finalmente, la norma bajo comentario agrega que el incumplimiento que activa la resolución por incumplimiento es aquel que tiene lugar luego de que el contratista es requerido. De este modo, podría pensarse que el legislador optó por un concepto de incumplimiento que solo se constituye luego que el deudor queda constituido en mora, con el requerimiento de cumplimiento previo.

La particularidad, acorde con su naturaleza de norma especial, es que se fija como incumplimiento el supuesto de hecho de que se configura cuando el contratista acumula el monto máximo de la penalidad por mora o acumula el monto máximo de otras penalidades. De esta forma, el precepto legal construye un supuesto de incumplimiento concreto que da lugar a la resolución por incumplimiento.

Asimismo, la norma pone a disposición del contratista el mismo derecho resolutorio si la entidad incurre en incumplimiento de sus obligaciones de pago u otras obligaciones esenciales, siempre y cuando haya sido previamente requerida para ello. De esta forma, y bajo la premisa de que todos los contratos con el Estado son contratos con prestaciones recíprocas, evidencia que por absoluta justificación y coherencia, el derecho de resolver por incumplimiento el contrato también es un derecho que puede ser ejercido por el contratista, bajo el mismo esquema del requerimiento previo y respecto de las obligaciones de pago u otras obligaciones esenciales.

El artículo 165 del Reglamento de la LCE se ocupa del procedimiento resolutorio:

Artículo 165.- «Procedimiento de resolución de contrato

165.1 Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

165.2 Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

165.3 Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

165.4 La entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

165.5 Cuando la resolución se sustente en alguno de los supuestos establecidos en el numeral

164.4 del artículo 164, la parte que resuelve debe comunicar su decisión mediante carta notarial justificando y acreditando los hechos que la sustentan.

165.6 La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

[...]».

Esta norma se ocupa del procedimiento que debe seguirse para articular la resolución por incumplimiento, y acorde con su carácter de norma especial establece que aquella debe agotar un requerimiento previo por un plazo de entre 5 a 15 días, dependiendo de la complejidad o envergadura del contrato, dejando luego el derecho para que la parte perjudicada —léase, la entidad o el contratista— pueda resolver el contrato mediante comunicación notarial a la parte que incumplió.

Esta fórmula resolutoria adoptada por el Reglamento de la LCE es especial, pues no existe regulada en el Código Civil. Y es que si bien se trata de una resolución que requiere intimación previa, no se trata de una resolución por intimación como la prevista en el artículo 1429 del Código Civil,<sup>31</sup> pues esta precipita la resolución del contrato una vez vencido el plazo adicional de cumplimiento (requerimiento previo), mientras que en la fórmula bajo comentario, el vencimiento de dicho plazo solo activa el derecho de resolver en forma potestativa a la parte perjudicada con el incumplimiento. Es decir, vencido el plazo, la entidad, en teoría, podría optar por no resolver.

<sup>31</sup> Artículo 1429.- «Resolución por intimación

En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto».

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.»

Asimismo, tampoco se trata de una resolución por incumplimiento similar a la denominada resolución por cláusula resolutoria expresa prevista en el artículo 1430 del Código Civil,<sup>32</sup> pues en esta las partes solo pueden resolver siempre y cuando el incumplimiento haya sido previsto en una cláusula incluida en el programa contractual. En cambio, en la fórmula que analizamos, si bien la resolución tiene lugar cuando la decisión de la parte perjudicada, en el sentido de resolver el contrato, es notificada a la contraria, es necesario un requerimiento previo que no es necesario en la resolución por cláusula resolutoria expresa.

El artículo 166 siguiente se ocupa de los efectos de la resolución, normando consecuencias especiales cuando refiere que, como consecuencia de la resolución a cargo de la entidad, esta podrá ejecutar las garantías otorgadas, y si, en cambio, la resolución es actuada por el contratista, este tendrá derecho a una indemnización. Finalmente, el artículo deja establecido que la resolución del contrato actuada por cualquiera de las partes es susceptible de ser sometida a arbitraje:

Artículo 166.- «Efectos de la resolución

166.1 Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.

166.2 Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad debe reconocerle la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

166.3 Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida».

Finalmente, el artículo 167 establece —como una consecuencia ulterior a la resolución del contrato actuada por la entidad— que la entidad podrá ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución del contrato a través de otros postores, sin perjuicio de que la resolución haya sido sometida a arbitraje por el contratista, siempre y cuando se trate de una situación de necesidad urgente.

Artículo 167.- «Prestaciones pendientes en caso de resolución de contrato o declaratoria de nulidad de contrato

167.1 Cuando se resuelva un contrato o se declare su nulidad y exista la necesidad urgente de culminar con la ejecución de las prestaciones derivadas de este, sin perjuicio de que dicha resolución se encuentre sometida a alguno de los medios de solución de controversias, la Entidad puede contratar a alguno de los postores que participaron en el procedimiento de selección. Para estos efectos, la Entidad debe determinar el precio de dichas prestaciones, incluyendo todos los costos necesarios para su ejecución, debidamente sustentados.

167.2 Una vez determinado el precio y las condiciones de ejecución, y de existir disponibilidad presupuestal, la Entidad invita a los postores que participaron en el procedimiento de selección para que, en un plazo máximo de cinco (5) días, manifiesten su intención de ejecutar las prestaciones pendientes de ejecución por el precio y condiciones señalados en el documento de invitación.

167.3 De presentarse más de una aceptación a la invitación, la Entidad contrata con aquel postor que ocupó una mejor posición en el orden de prelación en el procedimiento de selección correspondiente. En las contrataciones de bienes, servicios en general y obras, salvo aquellas derivadas del procedimiento de Comparación de Precios, el órgano encargado de las contrataciones debe realizar la calificación del proveedor con el que se va a contratar. Los contratos que se celebren

<sup>32</sup> Artículo 1430.- «Condición resolutoria

Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria».

en virtud de esta figura respetan los requisitos, condiciones, exigencias, garantías, entre otras formalidades previstas en la Ley y Reglamento».

Aunque el precepto no señala qué ocurrirá si la resolución del contrato es dejada sin efecto —léase, si es declarada nula, inválida, ineficaz, etc.— mediante la decisión contenida en el laudo que en forma posterior resuelva su impugnación, la norma sugiere que el contrato en cuestión seguirá siendo ejecutado por terceros dado que la necesidad urgente que de seguro estará vinculada a un fin público lo justifica. En este caso, vigente el contrato resuelto —por efectos del laudo—, lo que corresponde es que dicho contrato sea declarado de imposible ejecución y resuelto por culpa imputable a la entidad. Con ello, el contratista tendría derecho a pedir los correspondientes daños y perjuicios.

Con lo expuesto hasta aquí tenemos que tanto la LCE como su Reglamento incluyeron como remedios contractuales a: (i) la tutela de cumplimiento; y, (ii) la resolución por incumplimiento.

Independientemente que las reglas de obligaciones, contratos en general y contratos típicos se aplican supletoriamente a todas las relaciones contractuales en el derecho peruano, resulta que la LCE y su Reglamento regularon de forma especial ambos remedios, pues el derecho de exigir la prestación incumplida —como la más básica expresión de la tutela del acreedor en el marco de toda relación obligatoria— está implícita en todas las relaciones de crédito y, en particular, en los contratos como los regulados por la LCE y su Reglamento; no obstante, el requerimiento bajo las normas glosadas incluyen consecuencias especiales, así como la resolución por incumplimiento tratada que introduce un fórmula especial y particularidades propias del ámbito de las contrataciones con el Estado.

## 5. SOBRE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL

No cabe duda de que la LCE constituye una norma especial referida a un ámbito diferenciado del derecho público, en el que prima, por principio, la aplicación de la ley especial sobre la ley general.<sup>33</sup> La supletoriedad no supone la vulneración de este principio, sino una forma de resolver una situación no prevista en la norma especial.

Sobre la aplicación del Código Civil en general, tenemos el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que establece que las disposiciones del Código Civil son de aplicación supletoria a otras normas, salvo incompatibilidad:

Artículo IX.- «Aplicación supletoria del Código Civil

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza».

Espinoza Espinoza,<sup>34</sup> refiriéndose a la centralidad del Código Civil, señala:

En efecto, el Código Civil está pasando por una continua etapa de redimensionamiento: ha dejado de ser un monumento casi sagrado e intocable para convertirse, con otros cuerpos normativos, en instrumento integrante de un orden superior que ahora es la Constitución. En la actualidad, un sector importante de la doctrina habla del «carácter residual» del Código, en cuanto este «representa aún la principal referencia en la reconstrucción hermenéutica de la normatividad de las instituciones». Comparto plenamente la afirmación de que «la cuestión no está en la colocación topográfica (códigos, leyes especiales) sino en la correcta individualización de los problemas,

<sup>33</sup> Este principio viene enunciado mediante el aforismo romano *lex specialis derogat legi generali*, que viene a expresar la decisión jurisprudencial de Papiniano, recogida en D. 50,17,80, según la cual, en derecho, lo específico prevalece sobre lo genérico. Es un principio que viene a resolver, junto a otros, las antinomias normativas, de forma que la ley especial prevalece sobre la ley general. El principio de especialidad normativa no supone que, en el supuesto de contradicción entre una norma general y otra especial, la primera queda derogada, sino que, como señala Villar Palasí, persiste la vigencia simultánea de ambas normas, si bien la ley se especial se aplicará con preferencia a la ley general en aquellos supuestos contemplados en aquella norma.

<sup>34</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, pp. 441-454.

a los cuales se les deberá dar una respuesta buscándola prontamente en el ámbito de todo el ordenamiento, sin prejuicios sobre la residualidad del Código y sin desatención hacia las leyes, siempre más numerosas y fragmentarias». Por ello, el Código Civil, centro de las relaciones jurídicas privadas, descodificado y recodificado sigue aún vigente.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que esta aplicación supletoria —o en defecto— no se limita a otras normas o ámbitos normativos de derecho privado, sino que también alcanza a otros ámbitos normativos como es el caso del derecho público en su conjunto (supletoriedad hacia afuera). Nótese, además, que el término «ley» alude no solo a normas con rango de ley, sino también a otras normas de rango inferior.

Rubio Correa<sup>35</sup> señala:

Dice el Código que las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes. Por situación jurídica entenderemos el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un estatus determinado frente al Derecho. Son situaciones jurídicas las de padre, hijo, marido, profesor, ministro de Estado, etc. Por relación jurídica entendemos las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos o más situaciones jurídicas interrelacionadas. De esta manera es relación la de los cocontratantes, la de padre e hijo, y así sucesivamente. El Código dice que a todas estas situaciones y relaciones jurídicas se pueden aplicar supletoriamente sus normas.

El límite de la aplicación supletoria, en primer lugar, lo constituye la prohibición expresa de aplicar normas de distinto ámbito, y el otro límite es la incompatibilidad. Hay que observar que la incompatibilidad no queda limitada a la que se presenta con otra norma concreta, sino que abarca, sobre todo, la incompatibilidad que se presenta con la naturaleza de otro marco normativo. Esto se aprecia, nítidamente, en el caso de la aplicación supletoria del Código Civil a la LCE, pues esta última posee una naturaleza distinta.

De otro lado, y en consonancia con lo anterior, la propia LCE hace notar que las normas de derecho privado sí son susceptibles de ser aplicadas dentro de su ámbito, conforme lo expresa la primera disposición complementaria final:

#### **Disposiciones complementarias finales**

Primera. «La presente norma y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Esta prevalencia también es aplicable a la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente normas, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que la regulan y sirven para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

Las contrataciones del Estado se llevan a cabo conforme a la presente norma a su reglamento, así como a las directivas que se elabore para tal efecto».<sup>36</sup>

Esta referencia la efectúa la propia norma recalcando la prevalencia de las normas de la LCE; es decir, las normas de derecho privado —como es el caso del Código Civil— sí son susceptibles de ser aplicadas bajo una regla de subsidiariedad y supletoriedad, cediendo siempre a las normas especiales de LCE y a su naturaleza, conforme quedó expresado al citar el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil.

<sup>35</sup> RUBIO CORREA, Marcial. «Aplicación supletoria del Código Civil». En *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, tomo 1, segunda edición, pp. 184-185.

<sup>36</sup> TUO DE LA Ley De Contrataciones del Estado. Aprobado por Decreto Supremo n.º 082-2019-EF, modificado por el Decreto Supremo n.º 162-2021-EF.

Por su parte, el Reglamento de la LCE, bajo esta misma línea, deja establecido que en lo no previsto en la LCE y el Reglamento es posible aplicar supletoriamente, normas de derecho privado:

#### Disposiciones complementarias finales

Primera.- «En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado».

En este caso, el Reglamento de la LCE emplea el término «en lo no previsto» para dar paso, en forma subsidiaria, a la aplicación supletoria de normas de derecho privado. Es evidente que si en el ámbito del derecho público existiesen normas que se ocupan de aspectos no tratados en la LCE y en su Reglamento, estas serían de aplicación por encima de cualquier norma de derecho privado.

La fuerza normativa del derecho civil y, en particular, del Código Civil, que se extiende a diversos ámbitos normativos, es incontestable. Y es que a falta de una norma o principio, en el ámbito del derecho público, sobre aspectos de ejecución contractual no previstos en la LCE y en su Reglamento, se abre paso la necesaria aplicación supletoria del Código Civil.

Y es que en la fase de ejecución contractual no hay incompatibilidad con la LCE y su Reglamento que impida aplicar las reglas que gobiernan la teoría general de la obligación y del contrato recogidas en el Código Civil —esto es, en el derecho peruano— si es que en aquellas no hay regulación especial al respecto.

Algunas Opiniones del OSCE han establecido la posibilidad de la aplicación supletoria del Código Civil, al amparo de las disposiciones citadas de la LCE y de su Reglamento, como es el caso de Opinión n.º 130-2018-TDN,<sup>37</sup> y en similar sentido, la Opinión n.º 065-2019-DTN señala que en la fase de ejecución contractual, el administrado deja de serlo para formar parte de una relación contractual en la que corresponde la aplicación de las normas referidas a dicho ámbito, incluyendo las normas supletorias.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> «2.1.3. Por otro lado, es importante indicar que la primera disposición complementaria final del Reglamento señala: En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado.

*Sobre el particular, debe señalarse que la aplicación supletoria de normas implica la existencia de una normativa que, siendo aplicable a determinada relación o situación jurídica de manera obligatoria, no regula un caso o supuesto particular (norma suplida), por lo que resulta necesario recurrir a otra normativa distinta con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente (norma supletoria).*

No obstante, la aplicación supletoria de una norma presupone un análisis de compatibilidad, esto es, realizar un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria a efectos de determinar si la naturaleza de ambas es semejante y, por tanto, si son normas compatibles.

En ese sentido, la aplicación supletoria de normas de derecho público o derecho privado a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado presupone realizar un análisis comparativo para determinar si estas normas resultan compatibles o no».

<sup>38</sup> «Por otro lado, la primera disposición complementaria final del Reglamento dispone que, en lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado.

A lo señalado debe agregarse que, mediante la Consulta Jurídica n.º 17-2018-JUS/DGDNCR la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos ha precisado lo siguiente:

“[...]”

56. Durante la etapa de ejecución contractual, la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General. [...]”

En relación con lo expuesto precedentemente, es importante diferenciar la forma como debe aplicarse las demás normas de derecho público y del derecho privado en la “fase de selección” y en la “fase de ejecución contractual”:

- En la fase de selección: Esta fase está compuesta por el desarrollo del procedimiento de selección, a través del cual los proveedores registran su participación, formulan sus consultas y observaciones, presentan sus ofertas e interponen un recurso de apelación, de ser el caso; estos proveedores son considerados administrados.

En ese sentido, considerando que la normativa de contrataciones del Estado regula de forma especial la gestión de abastecimiento en el sector público, y en aplicación de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley, la Ley y el Reglamento prevalecen sobre la Ley n.º 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General” (L.PAG), en el caso que las referidas normas establezcan disposiciones contradictorias o alternativas para una misma situación.

Con mayor claridad aún, la Opinión del OSCE n.º 001-2020-DTN, deja establecida la aplicación del Código Civil a las relaciones contractuales que se suscitan durante la etapa de ejecución contractual, bajo los alcances de la LCE y de su Reglamento.<sup>39</sup>

## 6. DOS PRECEDENTES

Se trata de dos laudos arbitrales dictados en el marco de controversias sometidas a la LCE.

El primer laudo fue emitido el 17 de noviembre de 2020, en el proceso seguido por el Consorcio Supervisor del Centro con el Gobierno Regional de Pasco, sobre Ampliación de Plazo, Resolución de Contrato e Indemnización de Daños y Perjuicios. Citamos parte de la fundamentación:

[...]

258. El CONSORCIO solicita se declare válida y eficaz la Excepción de Incumplimiento mediante carta notarial de fecha 18 de febrero de 2019, en razón que hasta antes de la fecha de suspensión de las labores de la Supervisión, la ENTIDAD se encontraba adeudando una serie de pagos, referidos a valorizaciones, y, sobre todo, pagos referidos a mayores prestaciones adicionales.

[...]

260. Siendo así, por su naturaleza y alcance, la LEY y su REGLAMENTO no se ocupan de regular en forma específica los aspectos referidos a los contratos de supervisión, de manera que no existe ninguna norma que se ocupe de los efectos particulares que estos contratos podrían tener en el marco de dichas normas. Menos aún, se ocupa de regular los efectos de los contratos con prestaciones recíprocas.

261. En este sentido, indican que en directa aplicación de la cláusula décimo octava del CONTRATO resulta de aplicación las normas que regulan los contratos con prestaciones recíprocas del Código Civil, en tanto no se opongan a alguna norma contenida en la LEY o su REGLAMENTO, este sería precisamente, el caso de la Excepción de Incumplimiento, como remedio propio de los contratos con prestaciones recíprocas contenido en el artículo 1426 del Código Civil.

[...]

305. De la revisión de la normativa de Contrataciones con el Estado, el ÁRBITRO ÚNICO advierte que tanto la LEY como el REGLAMENTO no contienen disposiciones que regulen la figura de Excepción de Incumplimiento como remedio frente al incumplimiento de obligaciones. La mencionada normativa se limita a regular que, ante el incumplimiento de obligaciones de las partes, cualquiera de ellas puede iniciar la resolución del Contrato.

[...]

---

No obstante, de conformidad con la primera disposición complementaria final del Reglamento, en lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado; por consiguiente, la aplicación supletoria de la LPAG en la fase de selección tiene la finalidad de suplir la falencia o vacío existente en la normativa de contrataciones del Estado, previo análisis de compatibilidad.

<sup>39</sup> «Efectuadas las precisiones precedentes, corresponde indicar que el Código Civil, en su Artículo IX del Título Preliminar, establece que “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”; por consiguiente, debe reconocerse la aplicación supletoria del Código Civil a los contratos celebrados por las Entidades con sus proveedores en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, en los aspectos que resulten compatibles.

Por ello, en concordancia con el criterio desarrollado en diversas opiniones, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

Cabe precisar que la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan la ejecución contractual no afecta ni excluye —cuando corresponda— la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las actuaciones internas que permiten a las Entidades manifestar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado».

319. De manera previa al análisis, es preciso señalar que ante la falta de regulación de la Excepción de Incumplimiento en la LEY y el REGLAMENTO, corresponde aplicar supletoriamente el Código Civil peruano, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décimo Octavo del CONTRATO, la cual establece lo siguiente:

«CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVO: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Solo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, *se utilizarán las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente y demás normas concordantes.*» (Énfasis agregado)

320. En línea de lo anterior, la supletoriedad de la aplicación del Código Civil en la Contratación Pública ha sido garantizado en diversas opiniones del OSCE, como se aprecia a continuación:

«Por ello, ante la *ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado* que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del *Código Civil que resulten compatibles*, y no a las disposiciones de la Ley n.º 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual.

Cabe precisar que la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regula la ejecución contractual no afecta la aplicación de las disposiciones de la Ley n.º 27444 a las actuaciones internas que permiten a las Entidades expresar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado».

[...]

322. Precisado que no existe ningún impedimento para aplicar el Código Civil ante el vacío de normas específicas en la Contratación Pública, el ÁRBITRO ÚNICO analizará la figura de Excepción de Incumplimiento en los contratos.

El segundo laudo fue emitido el 11 de agosto de 2021 en el proceso seguido por el Consorcio Unión Vial y el Gobierno Regional de Arequipa, sobre Caducidad, Incumplimiento Contractual, Obligación de Dar Suma de Dinero, Resolución de Contrato, entre otras pretensiones. Citamos parte de la fundamentación:

[...]

XV. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

En el presente apartado el Tribunal Arbitral se pronunciará sobre el Cuarto Punto Controvertido que responde a la Tercera Pretensión Principal y sobre el Quinto Punto Controvertido correspondiente a la Primera Pretensión Accesorio de la Tercera Pretensión Principal, lo que a la letra dicen:

«Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde declarar válida y eficaz la excepción de incumplimiento articulada por el Consorcio Unión Vial mediante Carta n.º 015- 2018- CUV/AL de fecha 10 de octubre de 2018».

168. En primer lugar, el Tribunal destaca: (i) que en la contratación pública regida por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Código Civil es de aplicación supletoria para todo aquello que no haya sido regulado en la mencionada Ley; (ii) que el GOBRA ha reconocido que el remedio de la excepción de incumplimiento no está previsto en la Ley de Contrataciones del Estado ni en su Reglamento; y (iii) siendo ello así, la excepción de incumplimiento es posible de ser invocada en las contrataciones con el Estado siempre que se reúnan los requisitos para su aplicación.



La figura de la excepción de incumplimiento, como un típico remedio contractual, suele estar vinculada a las controversias sobre cumplimiento contractual, y las más de las veces, se sitúa en el contexto de la resolución de un contrato por incumplimiento. En ambos casos citados, las excepciones de incumplimiento fueron amparadas, paralizando los efectos resolutorios provocados por la resolución actuada por la contraparte.

Podríamos concluir señalando que la figura de la excepción de incumplimiento puede resultar de mucha utilidad a efectos de proteger los intereses de quien siendo requerido a cumplir puede oponer el incumplimiento de la contraria y, de esta forma, suspender el cumplimiento de su obligación y proteger la vigencia del contrato, a efectos de que este cumpla su objetivo.

No existe impedimento alguno, para aplicar la figura de la excepción de incumplimiento a las controversias derivadas de las contrataciones con el Estado y, por el contrario, reconocer su plena aplicación ayudará a no limitar el ejercicio de las tutelas del acreedor a la tutela de cumplimiento y a la figura de la resolución por incumplimiento que, como hemos visto, tienen un sentido y ámbito de acción específicos, que a diferencia de la *exceptio*, provocan efectos distintos y se dirigen a realizar intereses distintos. Todo ello sin contar que el fundamento de la excepción de incumplimiento yace, finalmente, en la justicia que debe imponerse en la ejecución de los contratos con prestaciones recíprocas, cuando se pretende exigir el cumplimiento ajeno sin antes haber cumplido.

## 7. REFERENCIAS

BARBOZA BERAÚN, Eduardo. «Excepción de incumplimiento o excepcional dolor de cabeza». En *Advocatus*, 2003-II, n.º 9.

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «La importancia de hacer cumplir los contratos: los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito». En *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, tomo I, pp. 445-462.

CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. «No soy yo, eres tú: la excepción de incumplimiento en el derecho peruano». En *LP, Pasión por el Derecho*, 3 de marzo de 2022. Recuperado de <<https://lpderecho.pe/excepcion-incumplimiento-derecho-peruano/>>.

DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores, 2017, tomo II.

EDITORIAL ESTUDIO. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Editorial Estudio, 2016.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «El principio de la buena fe». En *Advocatus*, 2011, n.º 24. Recuperado de <<http://justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20-%20JUAN%20ESPINOZA%20ESPINOZA.pdf>>.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias». En *Advocatus*, 2005, n.º 13.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. «Artículo 1426. Excepción de incumplimiento». En *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, tomo VII.

FORNO FLOREZ, Hugo. *Resolución por incumplimiento. Temas de derecho contractual*. Lima: Cultural Cuzco, 1987.

HINESTROZA, Fernando. «Tutela del acreedor frente al deudor incumplido». En *Incumplimiento contractual y tutela del acreedor*. Lima: Grijley, 2007.

LUQUE GAMERO, Ricardo. «Excepción de incumplimiento». En *Temas de Derecho contractual*. Lima: Cultural Cuzco, 1987, pp. 36-43.

MESSINEO, Francesco *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Jurídica Europa-América, 1986, tomo I.

PACCHIONNI, Giovanni. *Dei contratti in generale*. Padova: CEDAM, 1939, volumen II.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Simultáneo». En *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.5 en línea]. Recuperado de <<https://dle.rae.es/simult%C3%A1neo%20?m=form>>.

ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.

RUBIO CORREA, Marcial. «Aplicación supletoria del Código Civil». En *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, tomo I, segunda edición.

SILVA SANTISTEVAN VALDIVIA, Marco. «El principio de la buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos». En *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

SPOTA, Alberto G. *Instituciones del derecho civil*. Buenos Aires: Depalma, 1984, vol. I.

TORRES MALDONADO, Marco Andrei. «La función limitativa de derechos y correctiva de la buena fe en la resolución contractual». En *¿Qué es la buena fe en los hechos? Un enfoque doctrinario y jurisprudencial sobre la aplicación de la buena fe en el derecho civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

# **DISPUTE ADJUDICATION BOARDS: CARACTERÍSTICAS GENERALES, IMPLEMENTACIÓN CONTEMPORÁNEA Y TRATAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL REGLAMENTO DAB DE LA CCI**

Lissete Elizabeth Ortega Orbegoso\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Sobre los *dispute adjudication boards*.— 2.1. Principales características.— 2.2. Propiedades y beneficios.— 3. Medidas cautelares en DAB.— 3.1. Aspectos generales para el otorgamiento de medidas cautelares en la legislación internacional y nacional.— 3.1.1. A nivel internacional.— 3.1.2. A nivel nacional.— 3.2. Disposiciones sobre medidas cautelares en el Reglamento DAB de la CCI.— 4. *Dispute boards* y árbitros de emergencia: conflictos de competencia.— 5. Cuestiones adicionales sobre medidas cautelares en los *dispute boards*.— 6. Conclusiones.— 7. Referencias bibliográficas.

## **1. INTRODUCCIÓN**

El presente artículo tiene como principal objetivo analizar la implementación contemporánea de los *dispute boards* en Latinoamérica y el tratamiento que otorga el Reglamento DAB de la Cámara de Comercio Internacional (CCI o ICC, por sus siglas en inglés) a las medidas cautelares, para lo cual se realizará una descripción pormenorizada de los *dispute boards*, para luego pasar al tratamiento de las medidas cautelares en la legislación internacional y nacional, como referencia a las disposiciones que prevé el Reglamento DAB de la CCI y los comentarios puntuales en torno a ello. Asimismo, incluir algunos comentarios de las medidas cautelares que son emitidas dentro del marco de un DAB y las particularidades de las emitidas por un árbitro de emergencia; y, como antesala al análisis, se definirá la naturaleza de los *dispute boards* como mecanismo alternativo de resolución de controversias.

## **2. SOBRE LOS DISPUTE ADJUDICATION BOARDS**

Sobre los *dispute boards* (conocidos en Latinoamérica como junta de resolución de disputas, mesas de resolución de conflictos, paneles de solución de disputas, entre otras denominaciones) el autor Harvey Kirsh (2013) indica que el primer antecedente de este mecanismo se remonta al entonces llamado *joint consulting board*, que tuvo lugar en la construcción del proyecto de la hidroeléctrica del nordeste de Washington, en los años sesenta del siglo pasado.

No obstante, los *dispute boards* tuvieron su aparición oficial en los Estados Unidos en la década de los setenta, en la construcción del Túnel Eisenhower en Colorado. Luego de ello, sería utilizado por el Banco Mundial, en 1980, en la ejecución del proyecto Presa Cajón en Honduras.

---

\* Abogada con estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y doctorado en Derecho y Ciencia Política por la misma casa de estudios. Cuenta con especialización en Arbitraje por la Pontificia Universidad Católica del Perú; Abastecimiento Público por la UPC; Derecho Administrativo y Gestión Pública por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega; y Relaciones Intersectoriales Público Privadas por el BID. Ha sido asesora del despacho ministerial de los ministerios del Interior, Defensa y Ministerio de Salud, consultora de organismos internacionales.

Sin embargo, no sería sino hasta la década de los noventa que la International Federation of Consulting Engineers - Fidic,<sup>1</sup> introduciría a los *dispute boards* en sus contratos modelo para proyectos de infraestructura, tal como lo señala Figueroa Valdez (2015):

La FIDIC introdujo en el año de 1995, por primera vez, el concepto de *dispute boards* a sus contratos para los proyectos de diseños y obras de infraestructura, en el conocido Orange Book. Posteriormente, el empleo de los *dispute boards* se fue extendiendo para otro tipo de contratos, al Red Book en el año 1996 y al Yellow Book en el año 1997, para las obras de construcción civil y para el diseño y construcción de obras públicas, respectivamente. (p. 5)

Su uso en varios países es una muestra clara del rotundo éxito que han tenido los *dispute boards* a nivel internacional. Sobre el particular, Escobar Muñoz (2014) señala:

Este mecanismo actualmente es aplicado en Argentina, Estados Unidos, Canadá, Etiopía, China, Rumanía, Bélgica, Bulgaria, India, Dinamarca, Hong Kong, Italia, Mozambique, Inglaterra, Sudán, Polonia, Ecuador, etc., y surge como una herramienta principalmente para los contratos de ejecución de obra, debido a que por su naturaleza no se puede prever todos los eventos o circunstancias imprevistas que pueden surgir en su ejecución y que se requiere solventar varios de ellos de manera inmediata y sin desgastar la relación contractual. (p. 14)

De acuerdo con el Reglamento de la International Chamber of Commerce ICC,<sup>2</sup> se podría definir a los *dispute boards* como aquel panel u órgano conformado por tres profesionales, escogidos al inicio de la ejecución del contrato, ajenos a las partes, quienes, en caso de disputas, conflictos o problemas se encuentran obligados a otorgar una opinión imparcial en torno al tema.<sup>3</sup> Esta es la acepción genérica que varía según la modalidad por la que se opte. Una acepción específica, según Gustavo Paredes (2014):

[...] un método continuo, regular y eficiente para solucionar reclamos durante la ejecución del proyecto. Es continuo porque, generalmente, sigue el proyecto desde su inicio hasta el fin. Es regular porque requiere visitar el lugar de la obra periódicamente, siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, escuchando reclamos, preparando u absolviendo consultas durante el curso el proyecto; y finalmente es eficiente por su atractiva relación costo-tiempo y beneficio». (pp. 84-85)

Dentro de las modalidades de los *dispute boards*, de acuerdo con el Reglamento de la ICC, tenemos a las siguientes: (i) *dispute review board* (DRB) (comité de revisión de controversias); (ii) *dispute adjudication board* (DAB) (comité de adjudicación de controversias); y (iii) *combined dispute board* (CDB) (comité combinado de controversias). Repasaremos la conceptualización general de cada una como sigue:

*Dispute review board* (DRB). Esta modalidad de *dispute board* se caracteriza por la emisión de recomendaciones, es decir, opinión o determinación no vinculante que las partes no están obligadas a cumplir a menos que hayan manifestado, en un plazo acordado, su objeción. En el caso que no se haya planteado la objeción correspondiente, dicha recomendación se volverá tácitamente obligatoria para las partes. Respecto a esto último, Escobar Muñoz (2014) señala:

Este acuerdo tácito debe ser respetado, ya que si una de las partes no cumple con la recomendación obligatoria, la Parte que no ha presentado un desacuerdo puede impugnar este incumplimiento en arbitraje. Es necesario destacar que esto es procedente, siempre y cuando las partes, lo hayan pactado previamente en el contrato que suscribieron y si es que no ha existido este acuerdo previo, las partes pueden acudir a cualquier tribunal competente dentro de la jurisdicción que hayan fijado. (p. 25)

<sup>1</sup> Organismo internacional fundado en 1913 con el objeto de promover e implementar metas estratégicas de consulta en la industria de la ingeniería, diseminar información de interés para sus miembros y publicar formas de contratos con estándares de calidad, que actualmente está conformada por 94 países miembros.

<sup>2</sup> Reglamento relativo a los *dispute boards* del ICC, artículos 4, 5 y 6.

<sup>3</sup> «A Dispute Board ("DB") is a standing body composed of one or three DB Members typically set up upon the signature or commencement of performance of a mid—or long—term contract, to help the parties avoid or overcome any disagreements or disputes that arise during the implementation of the contract».

*Dispute adjudication board* (DAB). Emite decisiones vinculantes para las partes, es decir, de inmediato cumplimiento. La inobservancia de la decisión implica un grave incumplimiento contractual que podría, incluso, generar la resolución del contrato. Respecto de la vinculatoriedad de esta modalidad de *dispute boards*, González de Cossío (2015) acota: «Las partes están obligadas a acatar, aun ante una notificación de desacuerdo [...]» (p. 1).

*Combined dispute board* (CDB). Es la forma mixta de los *dispute boards* que emite recomendaciones que no son vinculantes, pero también puede adoptar decisiones oponibles a las partes si es que alguna de ellas no se opone. Sobre el particular, Figueroa Valdez (2015) resalta:

Los CDB constituyen un híbrido entre los DRB y los DAB. Ellos usualmente emiten recomendaciones en relación a cualquier diferencia sometida a su resolución; sin embargo, ellos pueden emitir decisiones obligatorias si, por ejemplo, una parte requiere al panel una decisión y la otra parte no la objeta. Sin embargo, si esta última objeta la decisión, el panel técnico tendrá la facultad discrecional para emitir una recomendación o una decisión obligatoria. Generalmente, el panel considerará diversos aspectos para optar por una u otra; a saber: la urgencia de la situación; si la disputa puede producir un quiebre grave en el contrato; si es necesario la decisión para preservar una prueba o evidencia que posteriormente será difícil de reconstituir, etc. (p. 4)

Con relación a ello, señalaré brevemente las principales características de los *dispute boards*, especificando sus principales atributos, propiedades y beneficios.

## 2.1. Principales características

- a) **Vinculatoriedad de las decisiones.** Una de estas características comienza con el grado de vinculación de las decisiones, siendo estas de obligatorio cumplimiento para las partes y de ejecución inmediata. Esta característica se ve manifiesta en el *dispute adjudication board*, que emite decisiones de obligatorio cumplimiento para las partes, de acuerdo con lo ya expuesto.
- b) **Órgano de técnicos expertos.** A lo anterior se aúna la alta especialización en materia de obras por parte de los miembros que conforman el panel u órgano encargado de identificar la aparición de conflictos durante el tiempo de ejecución de la obra, teniendo en cuenta un procedimiento contractual independiente e imparcial.
- c) **Celeridad en la resolución.** Otra característica que se deriva del punto anterior es la celeridad en la resolución de las controversias, ya que, al desarrollarse durante la ejecución misma de la obra, las decisiones deben emitirse en un breve periodo, de manera que la obra no se paralice.
- d) **Decisiones vinculantes, pero no definitivas.** Finalmente, otra característica de los *dispute boards* consiste en que lo resuelto por el panel de expertos, a pesar de vincular a las partes en su cumplimiento, no resulta definitivo en tanto puede ser cuestionado en sede arbitral.

Por otro lado, y de acuerdo con la experiencia internacional, podemos reconocer algunas propiedades y beneficios particulares de este mecanismo.

## 2.2. Propiedades y beneficios

- a) **Propende a disminuir la recurrencia al arbitraje.** El elevado nivel de especialización de los miembros y el contacto en tiempo real con la ejecución de la obra tiende a disminuir la recurrencia al arbitraje de aquellas controversias que no impliquen mayor complejidad o necesidad de defensa durante un periodo de tiempo más amplio.

Al respecto, Capuñay Chafloque y Ferruzo Dávila (2014) señalan:

Disminuye la litigiosidad arbitral al constituirse como un procedimiento previo para recurrir al arbitraje, con lo cual se arbitra lo que es verdaderamente necesario. Toda vez que nunca de las funciones emblemáticas de este ADR<sup>4</sup> es la cultura de prevención de conflictos que genera. (p. 8)

- b) **Evita la paralización de la obra.** Como bien se expuso, todas las controversias que puedan suscitarse serán resueltas durante la etapa de ejecución y no *ex post conflictu*, disminuyendo así el riesgo de arbitraje de las controversias y el costo de las contrataciones. Sobre este punto Castillo Freyre (2015) afirma:

El arbitraje, dada su naturaleza, y por consistir necesariamente en un proceso, con una serie de formalidades y etapas, no puede competir en celeridad con los *dispute boards*, así como tampoco podría evitar la frustración en la ejecución de una obra, cuando lo que se esté discutiendo sean materias en las cuales la solución inmediata del problema o del impase será indispensable para la continuación del propio cumplimiento de las obligaciones contractuales. (p. 2)

- c) **Disminución del riesgo de paralización.** Es por estas razones que identificamos como la principal ventaja del *dispute board*, la *disminución del riesgo de paralización de las obras*.

Es importante señalar algunas precisiones adicionales respecto de las juntas de resolución de disputas, como el grado de aceptación, implementación y éxito de dicho mecanismo alternativo de solución de controversias en Latinoamérica. Al respecto, tenemos lo siguiente:

A nivel de investigaciones en torno a los *dispute boards* como mecanismo alternativo de solución de controversias en obras y su mayor eficiencia frente a la conciliación y el arbitraje se han identificado varios trabajos, de los cuales se resaltan particularmente los de Hernández (2014), Peñate (2014), y Vaz y Gravata (2014).

Hernández, en su ensayo «Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias», remarca el hecho de la creciente conflictividad en el sector de la construcción y cómo las diversas controversias que se suscitan abren el terreno a la implementación de nuevos mecanismos, entre ellos, los *dispute boards*.

De la experiencia recogida, de acuerdo a Hernández, si bien los *dispute boards* son un modelo relativamente nuevo, solo lo es en Latinoamérica, en donde recién goza de progresiva implementación, mientras que a nivel internacional ya son de uso común en todo el ámbito de la construcción, y que, del desarrollo práctico de este mecanismo alternativo de solución de conflictos en obras, se puede recoger:

[L]os *dispute boards* [...] son una realidad que verdaderamente está beneficiando el desarrollo oportuno de proyectos en nuestros países, y ello sumado al impulso institucional que se ha visto acrecentado, sin duda hará que, en los próximos años sea un mecanismo no solamente plenamente conocido, sino seguramente aceptado por sus bondades y ventajas. (Hernández, 2014, p. 29)

De igual forma, precisa que el sector de la construcción, al caracterizarse por una conflictividad inherente ha devenido en que la jurisdicción estatal ya no se conciba como el mecanismo más idóneo ante una reiterada crisis del Poder Judicial. Al respecto:

[...] en el caso de las controversias en el sector de la construcción, la jurisdicción estatal, medio de diferendo basado en la potestad originaria del Poder Judicial de un país de impartir justicia, ha tenido en los últimos años ciertas crisis como consecuencia del gran cúmulo de asuntos que los tribunales de un país tienen que enfrentar con la consecuente falta de celeridad y de oportunidad que un proyecto de construcción requiere. (Hernández, 2014, p. 26)

<sup>4</sup> *Alternative dispute resolution* (inglés) o resolución alternativa de disputas.

En ese sentido, y sin perjuicio de sus ventajas comparativas frente al proceso judicial, lo irónico es que el arbitraje precisamente se ha judicializado, o hay una tendencia a la judicialización en el sentido [de] que «ha dejado de tener las características particulares y positivas que la hacían un medio de solución de controversias claramente distinto a los procedimientos jurisdiccionales: celeridad y bajo costo». (Hernández, 2014, p. 27)

Por su parte, Peñate, en su ensayo «Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador», reconoce y reafirma las enormes ventajas y bondades de los *dispute boards* en obras, frente a otros mecanismos como la conciliación y el arbitraje, a partir de una experiencia práctica particular en El Salvador. Estas ventajas, de acuerdo a Peñate, serían consustanciales a la naturaleza estructural de los *dispute boards* y se resumirían en cinco, a saber: «a) celeridad; b) inmediatez; c) reducción de costos; d) favorecen la continuidad de la ejecución contractual; y e) resolución del conflicto por personas idóneas según la materia contractual que se trate» (Peñate, 2014, pp. 89-90).

Asimismo, Vaz y Gravatá en su ensayo «Los *dispute boards* y los contratos administrativos: ¿son los DB's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público?», además de refrendar las consideraciones de los autores ya citados, aún el hecho de que la relación entre los modelos de *dispute boards* y la Administración Pública es muy estrecha, en el sentido de que los *dispute boards*, al reproducir un contexto de eficiencia, exhortan con ello a la Administración Pública al cumplimiento de uno de los principios básicos del derecho administrativo, a saber, el principio de eficiencia administrativa, en el siguiente sentido:

El gran éxito del modelo, que cataliza la resolución expedita de conflictos en los contratos en que los DB's operan, es un factor que debe ser jurídicamente considerado para las relaciones también de la Administración Pública. Todo el conjunto de datos existentes es claro: los DB's son rápidos, especializados, imparciales y evitan litigios. Un Estado eficiente y dirigido constitucionalmente a la resolución justa y rápida de las controversias en que se involucra contractualmente puede encontrar en los *dispute boards* un camino no solo jurídicamente permitido, sino también una forma privilegiada de dar concreción a un mandamiento esencial de su operación. (Vaz y Gravatá, 2014, pp. 118-119)

De igual forma, son importantes los trabajos de Gray y Bravo (2014), Brodsky (2014), Peñate Guzmán (2014) y Figueroa Valdés (2014) al respecto.

Gray y Bravo (2014) refrendan el hecho de que por la misma naturaleza de los *dispute boards*, las mismas características consustanciales de la etapa constructiva son las que más se acomodan a este tipo de mecanismo alternativo de solución de controversias, en el siguiente sentido:

Una de las razones por las cuales se suele justificar la existencia de los *dispute boards* es que este mecanismo de solución de controversias, a diferencia del arbitraje, es uno que está adecuado en función a la naturaleza que acompaña la ejecución de una obra. Resulta ser un mecanismo que se adecúa a las exigencias naturales de conflictividad y de reclamación durante la etapa constructiva, ya que se reconoce en la ejecución de toda obra, un ambiente complicado y a veces indudablemente pasible de reclamos entre las partes contratantes. (p. 34)

Jerry Brodsky (2014), en esa línea, reafirma que mientras se incrementa la complejidad de las obras, más es la necesidad de sistemas eficientes en megaproyectos de ingeniería y construcción. En su ensayo «Mesas paralelas de resolución de controversias en megaproyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica», precisa que los *dispute boards*, en su modalidad de mesas paralelas, «fomenta la continuidad de la ejecución del proyecto, protege el flujo de recursos necesarios para llevar a cabo los trabajos necesarios, y sirve como proceso de resolución de las disputas y controversias que surgen durante la ejecución del proyecto, sin interferir con el mismo. Este modelo ofrece, por ende, una solución viable, práctica y efectiva como parte del proceso de resolución de controversias en los megaproyectos de ingeniería y construcción» (p. 86).

Asimismo, Peñate Guzmán (2014), en su ensayo «Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador», señala la experiencia concreta de la aplicabilidad de este mecanismo a los proyectos de construcción en El Salvador, precisando que «las decisiones de las mesas fueron aceptadas sin mayor dilación y sin recurrir al arbitraje posterior, en ocho de ellas. Únicamente se acudió al arbitraje contras las decisiones de cuatro mesas, con un resultado que puede calificarse de favorable, ya que los árbitros han confirmado mayoritariamente las decisiones de las mesas» (p. 97).

Figueroa Valdés, por otro lado, en su ensayo «*Dispute boards*: la visión de las partes y su coexistencia con los contratos administrativos experiencias en Chile», asocia a todo lo expuesto que hay una percepción generalizada en el mundo de la construcción, que el mundo del arbitraje se está quedando atrás frente a nuevas alternativas:

Existe una creciente percepción en los negocios internacionales, especialmente en la industria de la construcción, y en la comunidad legal que al menos dos de los beneficios del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias (esto es, el tiempo de duración y el costo) frente a la litigación, se han visto erosionados, hasta el punto de que nuevas soluciones resultan necesarias. (Figueroa Valdés, 2014, p. 124)

En el terreno de las investigaciones más recientes, se han identificados varios trabajos de los que se resaltan los de López Ospina (2016), Ortega Orbegoso (2016) y Silva Lima (2018).

López Ospina, en su ensayo «La importancia de implementar *dispute boards* como medio alternativo de solución de conflictos en la ejecución de contratos de obra en Colombia», reafirma el hecho de que a pesar de que el arbitraje frente a la vía judicial en un conflicto en obras puede ser beneficioso, el hecho objetivo no deja de ser que frente a este mecanismo, los *dispute boards* son los que refrendan mayor idoneidad en el rubro de la construcción a la hora de solucionar un litigio en forma especializada, ya que está compuesto por expertos en la materia. Al respecto señala:

Es evidente que el arbitraje y la amigable composición se han quedado cortos en el país, ya que en la mayoría de los casos estos están compuestos por abogados que, a pesar de ser expertos en el campo jurídico, poco o nada saben sobre temas técnicos o de ingeniería. En pocas palabras, esto significa que sus determinaciones frente a la ejecución de la obra pueden llegar a ser impredecibles y, quizá, poco viables para el desarrollo de la misma. (López Ospina, 2016, p. 17)

Por otro lado, Ortega Orbegoso, en un ensayo denominado «*Dispute boards*: experiencia en el sector público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas», y a partir de la implementación del modelo de *dispute boards* en el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud - Parsalud II, nos brinda data del éxito y eficiencia de los *dispute boards* o juntas de resolución de disputas:

Mediante un eficiente método de gestión legal el Parsalud II ha implementado el uso de los *dispute boards*, consiguiendo exitosos resultados en beneficio de las madres gestantes, niños y niñas de las regiones más pobres del país, por la construcción de establecimientos de salud materno infantil, toda vez que se han prevenido controversias y las controversias surgidas han sido resueltas en forma rápida y efectiva, preservándose los fondos públicos asignados al Programa, y la entrega oportuna de los EESS. (Ortega, 2016, p. 260)

Finalmente, Silva Lima, a partir de las experiencias en la implementación de *dispute boards* en Brasil, en un ensayo titulado «Dispute boards in Brazil Amendments Suggested to the Brazilian Administrative Bidding and Contract Law by the Arbitration Committee of OAB/MG, the Brazilian BAR Association», reafirma las bondades de este mecanismo alternativo de solución de controversias, y de cómo la Administración Pública brasileña ha mejorado sus ratios de eficiencia a medida de acoger las sugerencias de la orden de abogados del Brasil, concluyendo que:

It is, thus, clear that these alternative means of dispute resolution are already a beneficial reality—they help to solve conflicts in a short time, saving the parties' time and money—and have been adopted in Brazil (more recently) and in the world (already since the middle of the last



century) for the settlement of disputes arising from contracts entered into between public and private parties. Therefore, in an effort to recognize and incentivize the use of DBs in Brazil, the Brazilian Senate has accepted the suggestions below with the goal of keeping Brazilian administrative contracts up to date with international practice and the reality on the ground of Brazilian administrative contracts.<sup>5</sup> (Silva Lima, 2018, p. 5)

### 3. MEDIDAS CAUTELARES EN DAB

#### 3.1. *Aspectos generales para el otorgamiento de medidas cautelares en la legislación internacional y nacional*

Generalmente, las medidas cautelares tienen su praxis en los procesos judiciales y arbitrales. Por la proximidad del DAB en lo que respecta a mecanismos de solución de controversias como el arbitraje, es lógico que la primera referencia para la aplicación de medidas provisionales en DAB venga de este campo, como se detalla a continuación.

##### 3.1.1. *A nivel internacional*

En el arbitraje comercial internacional hay disposiciones claras sobre las medidas cautelares, cabe recordar el artículo 17 respecto a la facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, precisando lo siguiente:

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.
- 2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

De igual manera, en la Ley Modelo bajo comentario se señalan las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares, siendo estas:

- 1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral: a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser esta otorgada; y b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.
- 2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 1) del presente artículo solo serán aplicables en la medida que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

<sup>5</sup> «Por lo tanto, es claro que estos medios alternativos de resolución de disputas ya son una realidad beneficiosa, ayudan a resolver conflictos en poco tiempo, ahorrando tiempo y dinero a las partes, y han sido adoptados en Brasil (más recientemente) y en el mundo (ya desde mediados del siglo pasado) para la solución de controversias derivadas de contratos celebrados entre partes públicas y privadas. Por lo tanto, en un esfuerzo por reconocer e incentivar el uso de DB's en Brasil, el Senado brasileño ha aceptado las sugerencias denotadas con el objetivo de mantener los contratos administrativos brasileños actualizados con la práctica internacional y la realidad sobre el terreno de los contratos administrativos brasileños» Traducción libre.

En síntesis, lo que dispone el artículo 17 de la Ley Modelo es que la medida cautelar en el arbitraje internacional está para:

- a) Mantener o reestablecer el *statu quo* en espera, precisamente, que se resuelva una determinada controversia, la Organización de los Estados Americanos (2015), a través de su Departamento de Derecho Internacional, ha precisado que «al hablar de las medidas cautelares se hace mención a la posibilidad de una de las partes de solicitar acciones que permitan el correcto desenvolvimiento del arbitraje y que la eficacia de lo dispuesto en el laudo sea asegurada» (p. 132).
- b) Adoptar medidas para impedir algún daño actual o inminente, es decir, algún tipo de retraso u obstáculo al normal desarrollo del proceso, así como también lo que implica el dejar de hacer determinados actos que puedan de igual forma generar las mismas consecuencias indeseadas.
- c) Proporcionar medios para la preservación de bienes o elementos de prueba que puedan coadyuvar a la efectiva resolución de la controversia o a la mejor ejecución del laudo.

De igual forma, Aceris Law LLC (2019), señala que es una norma bien establecida de arbitraje internacional que los tribunales arbitrales tienen el poder de otorgar medidas provisionales o conservadoras, y que esto se proporciona explícitamente en todas las reglas de arbitraje, haciendo énfasis en el artículo 28 del 2017 Reglas de la CPI,<sup>6</sup> artículo 25.1 del 2014 Reglas del LCIA,<sup>7</sup> artículo 26 del 2010 Reglas de la CNUDMI, Regla 30 de 2016 Reglas SIAC,<sup>8</sup> artículo 37 de 2017 Reglas de SCC<sup>9</sup> y Regla 39 del Convenio del Ciadi.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Artículo 28: «Conservatorio y medidas provisionales:

1) A menos que las partes hayan acordado lo contrario, tan pronto como se le haya transmitido el archivo, el tribunal arbitral puede, a petición de una parte, ordenar cualquier medida provisional o conservatoria que considere apropiada. El tribunal arbitral puede hacer que la concesión de cualquiera de estas medidas esté sujeta a la seguridad adecuada que brinde la parte solicitante. Cualquier medida de este tipo tomará la forma de una orden, dando razones, como el tribunal arbitral considere apropiado.

2) Antes de que el archivo se transmita al tribunal arbitral, y en circunstancias apropiadas incluso después, las partes pueden solicitar a cualquier autoridad judicial competente medidas cautelares o provisionales. La aplicación de una parte a una autoridad judicial para tales medidas o para la implementación de cualquiera de las medidas ordenadas por un tribunal arbitral no se considerará una infracción o una renuncia al acuerdo de arbitraje y no afectará los poderes relevantes reservados al tribunal arbitral. Cualquier solicitud de este tipo y las medidas adoptadas por la autoridad judicial deben notificarse sin demora a la Secretaría. La secretaria informará al tribunal arbitral».

<sup>7</sup> «Article 25 Interim and Conservatory Measures 25.1 The Arbitral Tribunal shall have the power upon the application of any party, after giving all other parties a reasonable opportunity to respond to such application and upon such terms as the Arbitral Tribunal considers appropriate in the circumstances: (i) to order any respondent party to a claim or cross-claim to provide security for all or part of the amount in dispute, by way of deposit or bank guarantee or in any other manner; (ii) to order the preservation, storage, sale or other disposal of any documents, goods, samples, property, site or thing under the control of any party and relating to the subject matter of the arbitration; and (iii) to order on a provisional basis, subject to a final decision in an award, any relief which the Arbitral Tribunal would have power to grant in an award, including the payment of money or the disposition of property as between any parties».

<sup>8</sup> «Interim and Emergency Interim Relief 30.1 The Tribunal may, at the request of a party, issue an order or an Award granting an injunction or any other interim relief it deems appropriate. The Tribunal may order the party requesting interim relief to provide appropriate security in connection with the relief sought. 30.2 A party that wishes to seek emergency interim relief prior to the constitution of the Tribunal may apply for such relief pursuant to the procedures set forth in Schedule 1. 30.3 A request for interim relief made by a party to a judicial authority prior to the constitution of the Tribunal, or in exceptional circumstances thereafter, is not incompatible with these Rules».

<sup>9</sup> Artículo 37: «Medidas provisionales:

1) El Tribunal Arbitral podrá, a solicitud de parte, ordenar cualquier medida provisional que considere apropiada.

2) El Tribunal Arbitral podrá ordenar a la parte que solicite la medida provisional que otorgue una garantía adecuada en relación con la medida.

3) Una medida provisional podrá ser adoptada mediante auto o laudo.

4) Las disposiciones sobre medidas provisionales solicitadas antes del inicio del arbitraje, o antes de que el caso haya sido remitido al Tribunal Arbitral, están contenidas en el Apéndice II.

5) Una solicitud de medidas provisionales hecha por una parte ante autoridad judicial no es incompatible con el acuerdo arbitral ni con el presente Reglamento».

<sup>10</sup> Regla 39: «Medidas provisionales:

En ese sentido, enfatiza Aceris Law LLC (2019) el poder de otorgar medidas provisionales también se otorga a los llamados «árbitros de emergencia», siendo una característica común de las principales reglas de arbitraje permitir que las partes soliciten medidas cautelares incluso antes de que se haya constituido el tribunal arbitral, como sucede, por ejemplo, en el artículo 29 del 2017 Reglas de la CPI,<sup>11</sup> el artículo 9B del 2014 Reglas de LCIA, Regla 30 y horario 1 del 2016 Reglas SIAC, apéndice II de 2017 Reglas SCC.

### 3.1.2. A nivel nacional

En el panorama nacional tenemos varias referencias, principalmente en la doctrina y en la legislación civil. El artículo 611 del Código Procesal Civil señala sobre el contenido de la decisión cautelar lo siguiente:

Artículo 611.- «Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

La verosimilitud del derecho invocado.

La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.

La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada solo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad».

En ese sentido, podemos señalar que, en el marco general de las medidas cautelares en su tratativa nacional, tenemos a la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la razonabilidad como principales presupuestos de análisis jurídico a tener en cuenta a la hora del otorgamiento de una medida cautelar.

1) En cualquier etapa una vez iniciado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para salvaguardar sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario el dictado de tales medidas.

2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1).

3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.

5) Si una parte presenta una solicitud en virtud del párrafo 1) antes de la constitución del Tribunal, el secretario general deberá, a petición de cualquiera de las partes, fijar plazos para que las partes presenten observaciones sobre la solicitud, de tal forma que la solicitud y las observaciones puedan ser consideradas prontamente por el Tribunal una vez constituido.

6) Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes o después de iniciado el procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses».

<sup>11</sup> Artículo 29: «Árbitro de emergencia:

1) La parte que necesita medidas provisionales o conservadoras urgentes que no pueden esperar la constitución de un tribunal arbitral ("Medidas de emergencia") puede presentar una solicitud para tales medidas de conformidad con las Reglas del árbitro de emergencia en el Apéndice V. Cualquier solicitud de este tipo solo se aceptará si la secretaría la recibe antes de la transmisión del archivo al tribunal arbitral de conformidad con el artículo 16 e independientemente de si la parte que presenta la solicitud ya ha presentado su solicitud de arbitraje».

En torno a la verosimilitud del derecho, es de particular interés señalar lo descrito por Ledesma Narváez (2006) en el siguiente sentido:

[...] lo verosímil ha de ser el derecho, que el invocado por quien pide la medida, aparezca a la luz de la razón como posiblemente cierto, es decir, conllevando por su contundencia, la virtud de ser reconocido por un juicio de certeza si se confirman durante el pleito los elementos que se observan al tiempo de formular el juicio de verosimilitud. Es el *fumus boni iuris* del derecho romano. (p. 28)

En la misma línea, y en torno al peligro en la demora, Calamandrei, citado por Priori (2016), señala:

[...] el proceso toma tiempo, y muchas veces el tiempo que es necesario para que se dicte una sentencia se convierte en la peor amenaza —y muchas veces en la más grave lesión— que la situación jurídica material que se quiere tutelar puede sufrir. Por ello, el tiempo que toma el proceso se convierte en la mayor amenaza de su efectividad. La noción de peligro en la demora parte de esa constatación, y constituye no solo un presupuesto cuya presencia es necesaria para dictar una medida cautelar, sino que además es la justificación de su existencia. (p. 682)

Asimismo, y en torno a la razonabilidad, es menester traer a colación a Priori Posada (2016), quien al respecto señala:

[U]na correcta evaluación en torno a la adecuación de las medidas cautelares, garantiza dos cosas: (i) que quien pretende algo en el proceso obtenga aquel medio que requiere para garantizar realmente su pretensión; y, (ii) que el demandado no sufra en magnitud mayor a lo necesario para lograr la finalidad de las medidas cautelares. Con ello, se evita simultáneamente la desprotección del pretendiente y el abuso contra el afectado. (p. 692)

Priori se refiere a que la razonabilidad de la medida cautelar guarda relación con el concepto de adecuación, es decir que la cautelar sea una medida idónea y necesaria para garantizar lo que se está solicitando.

La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza de las medidas cautelares en nuestro contexto nacional detalla lo siguiente:

Desde la teoría general del proceso se establece que los presupuestos para la concesión de una medida cautelar están determinados para garantizar la efectiva tutela de una pretensión principal que tiene apariencia de encontrarse protegida por el derecho (*fumus boni iuris*), mediante una medida idónea (adecuación), para evitar el peligro que puede significar en la tramitación o vaciar de contenido final el respectivo proceso (*periculum in mora*). (STC Exp. n.º 00023-2005-AI/TC)

Se refiere a que los elementos inherentes al análisis que produce la concesión de medidas cautelares en procesos judiciales y arbitrales se pueden resumir en: la verosimilitud del derecho invocado,<sup>12</sup> el peligro en la demora,<sup>13</sup> la adecuación de la medida<sup>14</sup> y la contracautela.<sup>15</sup>

### 3.2. Disposiciones sobre medidas cautelares en el Reglamento DAB de la CCI

En el Reglamento DAB de la Cámara de Comercio Internacional, y en torno a las medidas cautelares, se dispone lo siguiente:

<sup>12</sup> Apariencia del derecho alegado por la parte que solicita la cautelar en base a un cálculo de probabilidades.

<sup>13</sup> Fundado temor que se produzca un daño mientras se espera la tutela peticionada.

<sup>14</sup> Se verifica cuando hay inminencia de un perjuicio irreparable derivado de una circunstancia excepcional.

<sup>15</sup> Tiene por objeto asegurar al afectado con la cautelar los perjuicios generados por su ejecución.

## Artículo 15: «Facultades del DB

El procedimiento ante el DB se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio, por las normas que las Partes o, en su defecto, el DB determine. En particular, en ausencia de acuerdo entre las Partes el DB está facultado, para:

[...]

Decidir sobre cualquier remedio temporal, como una medida provisional o cautelar; y  
Tomar las medidas necesarias para el ejercicio de sus funciones como DB».

El artículo 19 del Reglamento señala lo siguiente:

Exposición de la demanda:

Para someter una Desavenencia al DB, una de las Partes debe presentar a la otra y al DB una exposición escrita concisa de la Desavenencia (la «Exposición de la Demanda»). La Exposición de la Demanda debe incluir:

[...]

Cualquier solicitud de medidas provisionales o cautelares; y [...].

Asimismo, en el artículo 20 se dispone:

Contestación y Documentos Adicionales:

Salvo acuerdo en contrario de las Partes o salvo instrucciones contrarias del DB, dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la Exposición de la Demanda, la Parte que contesta debe responder por escrito (la «Contestación»). La Contestación debe incluir:

[...]

Una exposición de los asuntos para los cuales la Parte que contesta solicita la Conclusión del DB, incluyendo cualquier solicitud de medidas provisionales o cautelares [...].

El Reglamento no cuenta con disposiciones relativas al tratamiento de medidas cautelares en los DAB; caso distinto ocurre en la Ley Modelo de las Naciones Unidas, lo que genera necesarias consultas y vinculación a la normativa internacional y nacional sobre la materia, aunque el DAB no esté relacionado a ellas. No obstante, es el facultado para determinar las propias normas de su procedimiento en el sentido de ser su facultad quien toma las medidas necesarias para el propio ejercicio de sus funciones. Al respecto, y en similar lógica en lo que atañe a las referencias internacionales sobre cautelares, Aceris Law LLC (2019) señala lo siguiente:

[...] sin embargo, las reglas de procedimiento arbitrales generalmente no establecen los criterios para que se otorguen medidas provisionales, a menudo dejan a los árbitros con amplia discreción para ordenar «cualquier medida provisional que consideren necesaria o apropiada» a la luz de las circunstancias de un caso particular. La falta de estándares uniformes plantea desafíos importantes en la práctica: para las partes, conduce a la incertidumbre sobre si su solicitud será aceptada; para árbitros, los deja sin una guía firme sobre los criterios que deben aplicar.

En la práctica, cómo los árbitros ejercerán esta discreción depende de varios factores: las circunstancias de cada caso, el *lex arbitri* aplicable, las normas procesales aplicables, y la interpretación de los árbitros de los criterios que se aplicarán.

Ante la ausencia de criterios estrictos, muchos árbitros miran los artículos 17-17A de la Ley Modelo de la CNUDMI 2006 y artículo 26(3) y (4) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI para orientación. Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y la Ley Modelo de la CNUDMI ofrecen la misma definición de «medida provisional».

En ese sentido, a la hora de analizar una medida cautelar dentro de una controversia DAB, es el propio DAB el que determina la mejor referencia normativa que coadyuve al otorgamiento de la cautelar y que, por lo general, es una síntesis de la normativa internacional con la nacional (lugar de desarrollo del DAB), ya que tanto la definición como las condiciones para el otorgamiento de cautelares son, en términos generales, análogas en varias legislaciones<sup>16</sup> y ello configura una ventaja para el mejor resolver a la hora de conceder una medida cautelar dentro de un procedimiento de solución de controversias bajo el amparo del Reglamento DAB de la CCI.

#### 4. *DISPUTE BOARDS* Y ÁRBITROS DE EMERGENCIA: CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Hay algunas cuestiones vinculadas a los conflictos de competencia que pueden darse en el marco de medidas cautelares otorgadas por DAB, como es el caso del árbitro de emergencia. Al respecto, Paredes Carbajal (2020) nos precisa algunos escenarios:

- 1) Que un árbitro de emergencia se considere competente para conocer y emitir una orden cautelar, sin verificar la existencia de un procedimiento prearbitral acordado con facultades para conceder medidas provisionales.
- 2) Que un árbitro de emergencia se considere competente para conocer y emitir una orden cautelar, sin verificar si un DB permanente está en plena actividad y con atribuciones para conceder medidas provisionales.
- 3) Que un árbitro de emergencia se declare competente para conocer y emitir una orden cautelar, porque considera que el DB conformado no puede otorgar medidas cautelares similares a las que podría otorgar, ignorando totalmente sus funciones.
- 4) Que un árbitro de emergencia se considere incompetente para conocer y emitir una orden cautelar, a pesar de la demora en la conformación de un DB.

Sin perjuicio de estos escenarios cuya solución no es para nada fácil, y que dependerá de cada caso en concreto la forma como solucionar estos conflictos de competencia, es menester oponer la facultad cautelar que tiene el DAB frente a la facultad cautelar que tiene un árbitro de emergencia para entender cómo estos conflictos de competencia pueden tener una vía de solución al menos de una aproximación superficial.

Siguiendo el trabajo de Paredes Carbajal (2020), tenemos que el *Handbook of Arbitration* de la CCI, señala lo siguiente:

De acuerdo a lo establecido en el artículo 20.4 del Libro Rojo, un DAB puede ordenar medidas interinas y de conservación en el contexto de sus poderes de adjudicación. El alcance de las medidas que un DAB puede ordenar es, sin embargo, amplio; y excede con creces lo que un árbitro de emergencia puede hacer. Un DAB puede, por ejemplo, ordenar al empleador realizar adelantos o pagos de hitos, a fin de aliviar las necesidades de flujo de caja del contratista. En esos casos, el árbitro de emergencia, en principio, no puede ordenar dichas medidas, pues exceden el alcance de sus medidas cautelares y provisionales.

Este es un primer salvoconduto a la problemática, ya que la propia ICC brinda un lineamiento importante en el sentido de que considera que las facultades cautelares que tiene un DAB son mucho mayores y más amplias que las que tiene un árbitro de emergencia. Sin perjuicio de ello, Paredes Carbajal (2020) acota lo siguiente:

Como se aprecia, criterio con el que se puede disentir, la CCI considera que las facultades cautelares del DB cuentan con un alcance mucho más amplio que el del árbitro de emergencia porque

<sup>16</sup> BERGER, K.P. *International Economic Arbitration*. Deventer: Kluwer, 1993, pp.331-351.

sus funciones inciden directamente en asegurar el flujo de caja del contratista para continuar con la ejecución del proyecto, pudiendo ordenar al empleador la realización de adelantos y pagos. Sin embargo, esa misma naturaleza contractual que le permite al DB cautelar con alcances mayores el derecho de las partes a lo que podría hacer un árbitro de emergencia presenta al mismo tiempo cuestionamientos en cuanto a su ejecutabilidad. Existe un sector de la doctrina que considera que las medidas cautelares otorgadas por un DB no otorgan a la parte solicitante la misma protección que aquellas otorgadas por un árbitro de emergencia. (p. 261)

Esa otra postura de la doctrina a la que se refiere Paredes Carbajal es la de Petkutė (2020), pero la postura de este autor señala que los DAB son enteramente contractuales en su naturaleza y que a pesar de que sus características proveen una mezcla entre la determinación experta y el arbitraje, los *dispute boards* no son tribunales arbitrales y sus conclusiones no son ejecutables de la misma forma que un laudo arbitral. No obstante esto, considero que el enfoque de Petkutė hace énfasis en el tema de la ejecutabilidad de las decisiones de un DAB; sin embargo la mayor o menor ejecutabilidad de la decisiones del DAB no mengua en ello la eficiencia de dicho mecanismo, como es la postura también de Paredes Carbajal y la de otro autor citado por este último, Beisteiner:

Es una obiedad que los arbitrajes de construcción pueden tomar varios años. En ese contexto, el DAB —particularmente, en su modalidad «permanente» [...]— está pensado para, de una manera cèlere y provisional, poner fin a una disputa mientras el proyecto sigue su curso. Su propósito es proveer soluciones interinas para asegurar que el proyecto pueda continuar y, notablemente, asegurar los flujos de caja, en resumen, para pacificar a las partes temporalmente por el bien del proyecto. (Paredes Carbajal, 2020, p. 261)

En ese sentido, es cierto que el DAB es de naturaleza contractual y que necesita del constante acuerdo de las partes para su correcto funcionamiento, pero no menos cierto es que sus decisiones, así como sus medidas cautelares, son de tal relevancia y emitidas en contextos tan particulares que su inobservancia para el caso de DAB que acompaña todo el proceso constructivo conllevaría más perjuicios a las partes que soluciones:

Como se puede apreciar, la finalidad esencial de un DB es garantizar que el proyecto continúe y, en consecuencia, sus decisiones y medidas provisionales deben estar siempre orientadas a ese fin; y es así como se debería comprender el extendido alcance de las medidas cautelares del DB, las cuales —como ha referido la CCI— llega a afectar aspectos intrínsecos a la ejecución del proyecto mismo. En este contexto, es cierto que una medida provisoria de un DB no es una decisión de fondo de la controversia; pero no por ello, el incumplimiento de dicha medida provisoria puede pasar desapercibida. Por el contrario, considerando la razonabilidad y la gravedad de los hechos que motivaron su pedido, su incumplimiento, inobservancia o desatención debe ser considerada como un evidente incumplimiento contractual y por tanto generador de un reclamo de daños. (Paredes Carbajal, 2020, p. 262)

En torno a la ejecutabilidad, y continuando con las premisas de los autores citados, la Comisión Report Emergency Arbitrator Proceedings de la ICC, fijó algunas consideraciones sobre el alcance en la ejecución de las decisiones de los DAB y, por ende, también de las medidas cautelares dictadas por estos, conforme a Paredes Carbajal (2020), esta comisión fijó dos condiciones que debían verificarse para que el árbitro de emergencia decline su competencia:

- i. que el DB esté conformado; y
- ii. que el DB pueda ofrecer a las partes una protección cautelar similar a la que podría ofrecerle el árbitro de emergencia de la CCI.

Que el DB esté conformado o no va a ser una cuestión disruptiva, ya que en la praxis vemos que la falta de celeridad en la celebración de contratos de miembros de DB puede ocasionar que en ese lapso alguna de las partes solicite la intervención de un árbitro de emergencia, generando estos problemas de competencia. En ese sentido, «la primera de las condiciones es importante, porque la demora en la conformación de un DB por una situación no atribuible al solicitante tiene que habilitar

al árbitro de emergencia a conocer y dictar una orden cautelar, de otro modo se le negaría gravemente auxilio cautelar» (Paredes Carbajal, 2020, p. 262).

En torno a la segunda condición, muchos discuten si esta condición es realmente una condición suficiente de por sí para declarar la exclusividad de competencia del DB en la emisión de cautelares, ya que se parte del hecho de que, encontrándose el DB ya conformado, este puede otorgar a las partes una protección cautelar similar a la de un árbitro de emergencia, siendo que se entiende que, en el caso de no ser así, no tendría competencia exclusiva, en ese sentido:

La segunda condición parte de que el DB esté conformado, pero, no obstante ello, no podría ofrecer la misma protección que [...] haría un árbitro de emergencia, y esto es lo más discutible, porque no se aprecia ninguna limitación al árbitro de emergencia para dictar medidas innovativas, aun cuando en la práctica buscan conceder cautelares que sean lo menos intrusivamente posible [sic] para el contrato, buscando por lo general mantener el estado de cosas que evite un posible perjuicio; por ejemplo, la no ejecución de garantías. (Paredes Carbajal, 2020, p. 262)

## 5. CUESTIONES ADICIONALES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES EN LOS *DISPUTE BOARDS*

Resulta importante comentar el estudio de Irene Nuviala, en el sentido de que en los modelos de contrato Fidic, en la regla 5.j)<sup>17</sup> del Libro Plata se integró la facultad, a los miembros del órgano de resolución de disputas, de decidir sobre medidas cautelares de aplicación provisional y conservativa. En ese sentido, Nuviala (2021) señala lo siguiente:

De acuerdo con el sistema Multi-tier establecido en la edición de 2017 del Libro Plata, la disputa formal entre las partes puede ser sometida a arbitraje en los casos estipulados en las cláusulas 3.5.5. Dissatisfaction with Employer's Representative's determination, 21.4.4 Dissatisfaction with DAAB's decision, 21.7 Failure to Comply with DAAB's Decision o 21.8 No DAAB In Place. Así, en cualquiera de estos supuestos, las partes pueden someter la controversia al arbitraje administrado por la CCI, entrando en aplicación el Reglamento de Arbitraje CCI de 2017. Hasta ahora, el procedimiento para adoptar medidas cautelares hasta la obtención del laudo solamente estaba previsto en el referido Artículo 29 del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017. Por el contrario, con la nueva regulación introducida en el Libro Plata, los miembros del Dispute Adjudication Board también puede decidir sobre la adopción de medidas cautelares en una fase previa al sometimiento de la disputa al tribunal arbitral. (p. 511)

La posición de Nuviala es distinta a lo que pudiera pensarse con relación a la ampliación de las facultades de los DAB para decidir sobre medidas cautelares. Dentro del marco Fidic no es tan positiva, en el sentido de que también es de particular preocupación que la regla 5.j) del Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/ Adjudication Agreement del Libro Plata, no ofrezca mayores luces sobre cómo el DAB deberá afrontar esta nueva función. Al respecto:

De la redacción de la referida regla se infiere que las medidas cautelares deberán ser propuestas a instancia de parte, como suele configurarse en este instituto jurídico tendente a proteger el objeto del proceso. Sin embargo, procede cuestionarse si realmente los miembros del Dispute Avoidance/ Adjudication Board podrían establecer medidas provisionales *una sponte*, a la luz de la exigua redacción de la regla 5.j) del Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/ Adjudication Agreement. Se plantea esta cuestión en relación con el principio transversal de evitación de disputas que preside el Libro Plata. (Nuviala, 2021, p. 512)

En torno a ello, me pregunto como también lo hace Nuviala, si la facultad de adoptar medidas cautelares es realmente una función inherente a la evitación de disputas del DAB, que guarda también estrecha relación con el principio de evitación de conflictos como causa de adopción de este tipo de mecanismo alternativo de resolución de controversias.

<sup>17</sup> «Rule 5. Powers of the DAAB 5.1 In addition to the powers granted to the DAAB under the Conditions of Contract, the General Conditions of the DAA Agreement and elsewhere in these Rules, the Parties empower the DAAB to: (j) decide on any provisional relief such as interim or conservatory measures».



Dentro de otros cuestionamientos que surgen, está también el momento en que deben adoptarse las medidas cautelares, si esto es antes de una sumisión formal, o durante el desarrollo de la sumisión formal. En ese mismo sentido se señala:

[...] parece lógico afirmar que las partes puedan solicitar medidas provisionales con anterioridad a la sumisión de una reclamación formal (*claim*) al Dispute Avoidance/Adjudication Board y que este puede decidir sobre el objeto de la medida con anterioridad a la celebración de las correspondientes vistas que decidan la cuestión en su función de resolución de conflictos. Sin embargo, el silencio de la regla 5.j) del Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement puede conducir a otras interpretaciones. (Nuviala, 2021, p. 513)

Esas otras interpretaciones a las que se hace alusión son las vinculadas a la regla 5.j) del Appendix materia de comentario (ya que Nuviala también es del parecer que la disposición de que las partes dirijan al DAB para la constitución de medidas provisionales una vez sometida la disputa formal al DAB, pero con anterioridad al arbitraje). Constituye una exclusión de la aplicación del artículo 29 del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017, que también es de la postura de Gómez y Rodríguez (2019, pp. 67-83), en el sentido de que esto podría dar lugar al escenario siguiente:

[...] la resolución sobre la adopción de las medidas sería en tal caso tomada en fase prearbitral por el órgano permanente de resolución de disputas (DAB) y no por el árbitro de emergencia establecido por la CCI en su Reglamento de Arbitraje de 2017. (Nuviala, 2021, p. 513)

En esa línea, si bien las medidas cautelares tienen un propósito de efectivizar de la manera más célere posible, no menos cierto es que los referidos autores cuestionan la existencia de competencia entre el *dispute board* y el árbitro de emergencia en el sentido de quién es más célere para emitir una cautelar, tal vez no una competencia en el sentido literal de la palabra, pero sí, al menos, de forma encubierta, ya que

[...] en el plano práctico, ha de tenerse en cuenta que la adopción de medidas cautelares se efectúa de manera rápida. El tiempo es un elemento esencial para este caso, dado que las medidas provisionales suelen responder a motivos urgentes que no pueden esperar a la constitución de un tribunal arbitral o a otros plazos procedimentales previos al establecimiento del proceso en sí. Por lo tanto, procede cuestionarse qué órgano resolverá más rápidamente la solicitud de medidas cautelares para que estas adquieran la mayor eficiencia jurídica; aunque puede considerarse que resulte más rápido el procedimiento a pie de obra, llevado a cabo por el Dispute Avoidance/Adjudication Board». (Nuviala, 2021, p. 513)

Sin embargo, la postura académica es renuente a considerar que la cautelar dentro de un DAB sea más célere en su emisión que la emitida por un árbitro de emergencia, ya que por la misma naturaleza del DAB se entiende que no debería haber cautelares por el mismo efecto de las visitas periódicas que lo evitarían, en el sentido de que:

[...] la solicitud de medidas cautelares por alguna de las partes implica que han fallado los intentos de evitación de disputas, puesto que no sería necesario recurrir a este instituto jurídico si la diferencia se hubiese percibido con anterioridad en la función de evitación de disputas del *Dispute Avoidance/Adjudication Board*. De la presencia transversal del principio de evitación de disputas a lo largo de la ejecución contractual recogido en la Rainbow Suite de 2017 se infiere que las visitas periódicas del *Dispute Avoidance/Adjudication Board* a las obras evitan los supuestos en los que las partes necesiten solicitar medidas provisionales. Este planteamiento responde al hecho de que si las diferencias se detectan en una fase temprana, tiende a desaparecer la necesidad de adoptar medidas urgentes. Es por ello que la presente tesis doctoral argumenta que la solicitud de medidas cautelares que prevé la regla 5.j) del Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement es de aplicación a aquellas medidas solicitadas por alguna de las partes con carácter previo al arbitraje y viene por tanto a sustituir *de facto* al régimen establecido por el artículo 29 del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017. Sin embargo, la elección de la aplicación del régimen previsto en la regla 5.j) del Appendix: General Conditions of Dispute Avoidance/Adjudication Agreement no garantiza que las medidas sean tomadas con mayor rapidez que siguiendo el procedimiento del Artículo 29 del Reglamento de Arbitraje CCI de 2017. (Nuviala, 2021, p. 514)

Considero que, independientemente de estos comentarios, el DAB puede resolver una cautelar con igual celeridad que un árbitro de emergencia, así como pudiese darse diversidad de escenarios a la inversa, dependiendo de cada circunstancia en particular, y ello porque los plazos para emitir las decisiones por parte del DAB, y el plazo que tiene el árbitro de emergencia para resolver cuestiones traídas a su consideración se encuentran bajo la exigencia de la mayor celeridad posible como regla de aplicación general.

## 6. CONCLUSIONES

- El *dispute adjudication board* (DAB) (comité de adjudicación de controversias) emite decisiones vinculantes para las partes, es decir, de inmediato cumplimiento. La inobservancia de la decisión implica un grave incumplimiento contractual que podría, incluso, generar la resolución del contrato.
- Conforme a la normativa internacional, la razón de ser de las medidas cautelares reside en mantener o reestablecer el *statu quo*, precisamente, de que se resuelva una determinada controversia; adoptar medidas para impedir algún daño actual o inminente, es decir, algún tipo de retraso u obstáculo al normal desarrollo del proceso, así como también lo que implica el dejar de hacer determinados actos que puedan de igual forma generar las mismas consecuencias indeseadas; y de proporcionar medios para la preservación de bienes o elementos de prueba que puedan coadyuvar a la efectiva resolución de la controversia o a la mejor ejecución del laudo.
- Los elementos inherentes al análisis que produce la concesión de medidas cautelares (tanto a nivel nacional como internacional) en procesos judiciales y arbitrales se pueden resumir en: la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora, la adecuación de la medida y la contracautela.
- En las disposiciones relativas al tratamiento de medidas cautelares en los DAB, el Reglamento de la CCI no tiene —como sí existe, por ejemplo, en la Ley Modelo de las Naciones Unidas— una definición de medida cautelar y de sus elementos, y tampoco prevé las condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares.
- A la hora de analizar una medida cautelar dentro de una controversia DAB se tiene que es el propio DAB el que determina la mejor referencia normativa que coadyuve al otorgamiento de la cautelar.
- La propia ICC brinda un lineamiento importante en el sentido de que considera que las facultades cautelares que tiene un DAB son mayores y más amplias que las que tiene un árbitro de emergencia.
- Es cierto que el DAB es de naturaleza contractual y que necesita del constante acuerdo de las partes para su correcto funcionamiento, pero no menos cierto es que sus decisiones, así como sus medidas cautelares, son de tal relevancia y emitidas en contextos tan particulares que su inobservancia para el caso de DAB que acompaña todo el proceso constructivo, de dejarse pasar, conllevaría más perjuicios a las partes que soluciones.
- Que el DB esté conformado o no va a ser una cuestión disruptiva, ya que en la praxis vemos que la falta de celeridad en la celebración de contratos de miembros de DB puede ocasionar que en ese lapso alguna de las partes solicite la intervención de un árbitro de emergencia generando problemas de competencia.
- Que el DB pueda ofrecer a las partes una protección cautelar similar a la que podría ofrecerle el árbitro de emergencia de la CCI. Es cuestión de discusiones si esta condición es

realmente una suficiente para declarar la exclusividad de competencia del DB en la emisión de cautelares, ya que se parte del hecho de que, encontrándose el DB ya conformado, este puede otorgar a las partes una protección cautelar similar a la de un árbitro de emergencia, siendo que se entiende que en el caso de no ser así, no tendría competencia exclusiva.

- El DAB puede resolver una cautelar con igual celeridad que un árbitro de emergencia, así como pudiese darse diversidad de escenarios a la inversa, dependiendo de cada circunstancia en particular, y ello porque los plazos para emitir las decisiones por parte del DAB, y el plazo que tiene el árbitro de emergencia para resolver cuestiones traídas a su consideración se encuentran bajo la exigencia de la mayor celeridad posible como regla de aplicación general.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEISTEINER, Lisa. (2020). «Provisional Measures Specific to Construction Arbitration: Focus on the Austrian Legal Framework and Jurisprudence». En BALTAG, Crina y Cosmin VASILE (editores). (2020). *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe*. Alphen: Kluwer Law International.

BERGER, K.P. (1993). *International Economic Arbitration*. Deventer: Kluwer.

BRODSKY, Jerry. (2014). «Mesas paralelas de resolución de controversias en megaproyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica». En *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 23, pp. 71-86.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. *Reglamento DAB*. Recuperado de <<https://cutt.ly/mSPc5tX>>.

CAPUÑAY CHAFLOQUE, Fernando y Gianfranco FERRUZO DÁVILA. (2014). «Breves apuntes sobre los *dispute boards resolution*». En *Lumen*, n.º 10.

CASTILLO FREYRE, Mario. (2015). «Un nuevo amigo del arbitraje: los *dispute boards*». Discurso pronunciado en la ciudad de Lima el 18 de julio de 2014, con ocasión de la presentación del Volumen 23 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

ESCOBAR MUÑOZ, Andrea Karina. (2014). *Dispute board como mecanismo alternativo de solución de controversias contractuales en obras de infraestructura*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Facultad de Derecho.

FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. (2010). «Los *dispute boards* o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción». En *Gaceta Jurídica*, 2010, n.º 364.

FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. (2014). «*Dispute boards*: la visión de las partes y su coexistencia con los contratos administrativos. Experiencias en Chile». En *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 23, pp. 123-139.

FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. (2015). *Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción*. Recuperado de <<https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/arbitraje/Juan-Figueroa-Valdez-Los-Dispute-Boards-en-los-contratos-internacionales-de-construcci%C3%B3n-M%C3%A9xico.pdf>>.

GÓMEZ, Katia y Ana Mercedes RODRÍGUEZ LÓPEZ. (2019). *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, pp. 67-83.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. (2011). *Efecto legal de las determinaciones de los dispute boards: un comentario*. Recuperado de <<https://cutt.ly/ySPsKFO>>.

GRAY CHICCHÓN, Jaime y Jonnathan BRAVO VENEGAS. (2014). «La fatalidad de los reclamos en los contratos de construcción Fidic: a propósito de los dispute boards». En *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 23, pp. 33-69.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto. (2014). «Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias». En *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 23, pp. 23-32.

KIRSH, Harvey. (2013). «The Ins and Outs of the Dispute Review Boards».

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. (2006). *Comentarios al Código Procesal Civil. análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.

LÓPEZ OSPINA, Inés Verónica. (2016, julio-diciembre). «La importancia de implementar dispute boards como medio alternativo de solución de conflictos en la ejecución de contratos de obra en Colombia». En: *Univ. Estud. Bogotá*, n.º 14, pp. 63-72.

NACIONES UNIDAS. *Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional*. Recuperado de <<https://cutt.ly/hSPdsO6>>.

NUVIALA LAPIEZA, Irene. (2021). *Los dispute boards como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional*. Tesis. Universidad de Zaragoza.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. (2015). *Arbitraje comercial internacional*. Recuperado de <<https://cutt.ly/uSPhNUr>>.

ORTEGA ORBEGOSO, Lissete. (2016, febrero). «Dispute boards: experiencia en el sector público para la solución de controversias en la ejecución de obras públicas». En *Actualidad Jurídica*, (267), pp. 250-261.

PAREDES CARBAJAL, Gustavo. (2014). «Dispute boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan?». En *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 23, pp. 141-157.

PAREDES CARBAJAL, Gustavo. (2020). «Jugando a las vencidas: dispute boards vs. árbitros de emergencia». En *Derecho & Sociedad*, n.º 5. Recuperado de <<https://cutt.ly/dSPfTyn>>.

PEÑATE GUZMÁN, Carlos. (2014). «Las mesas de resolución de disputas como mecanismo que viabiliza la continuidad en los proyectos de construcción: la experiencia en El Salvador». En *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 23, pp. 87-98.

PETKUTÉ, Jurgita. (2020). «Access to Arbitral Justice in Construction Disputes». En BALTAG, Crina y Cosmin VASILE (editores). *Construction Arbitration in Central and Eastern Europe*. Alphen: Kluwer Law International.

SILVA LIMA, Renata Faria. (2018). «Dispute boards in Brazil Amendments Suggested to the Brazilian Administrative Bidding and Contract Law by the Arbitration Committee of OAB/MG, the Brazilian BAR Association». En *DRBF Forum*, (22), Issue, April.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *STC Exp. n.º 0023-2005-PI/TC*. Recuperado de <<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>>.

VAZ, José Gilberto y GRAVATÁ NICOLI, Pedro Augusto. (2014). «Los *dispute boards* y los contratos administrativos: ¿son los DB's una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público?». En *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 23, pp. 99-119.



# ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LAS MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO - OMC. UNA APROXIMACIÓN A SUS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

Jorge Pando Vilchez\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Antecedentes.— 2.1. Principios básicos del Sistema Multilateral de Comercio.— 3. El acuerdo sobre *dumping*.— 4. El acuerdo sobre subvenciones.— 5. El Acuerdo sobre Salvaguardias.— 6. Conclusiones.— 7. Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

No son pocas las veces que escuchamos en los medios la solicitud de aplicación de ciertas medidas para la proteger la producción nacional frente a determinadas prácticas en el comercio internacional relacionadas con las importaciones. Nos referimos al *dumping*, las subvenciones o la aplicación de salvaguardias a productos de determinado país. Sin embargo, en la mayoría de los casos no se tiene claro si una determinada medida es aplicable o no y qué requisitos deben cumplirse para ello, generándose duda sobre los mecanismos de protección existentes. Por ejemplo, con frecuencia se ha venido haciendo referencia a la aplicación de salvaguardias a la importación de productos de determinado país,<sup>1</sup> tanto por empresarios, políticos o líderes de opinión.

No obstante, ninguna de estas personas es consciente de que la medida de salvaguardia no es aplicable únicamente a la importación de productos de un país determinado, sino a la importación de dichos productos de todos los países proveedores. Si, por ejemplo, elegimos aplicar salvaguardia al calzado originario de Argentina, también tendríamos que aplicar la misma medida a los otros países desde los cuales importamos calzado, porque como veremos en el presente trabajo esa es la naturaleza de la salvaguardia como mecanismo de defensa comercial en el marco del Sistema Multilateral de Comercio de la OMC, a la cual pertenecemos, como país.

Caso distinto es el del *dumping* y las subvenciones, en los cuales las medidas para contrarrestarlos se aplican a la importación de los productos de un determinado país, pero para ello es necesario determinar que tales productos importados causan o amenazan causar un daño grave a la producción nacional de un producto idéntico.

Cada medida de defensa comercial responde a diferente naturaleza y tiene diferentes características y alcances, aunque también comparten aspectos similares en su determinación y procedimientos.

Por ello hemos creído importante abordar este tema a efectos de compartir algunas reflexiones sobre la naturaleza de estas medidas conocidas como medidas de defensa comercial dentro de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio - OMC, mostrando las características identificantes y diferenciadoras de cada una de ellas y el objetivo que cumplen. Esperando que las propuestas que se hagan desde diferentes gremios o grupos empresariales o políticos sean realmente consistentes.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional. Consultor, docente universitario y arbitro en el CARC-PUCP. Exviceministro de Justicia del Perú.

<sup>1</sup> Puede leerse la declaración de la presidenta de la Asociación Empresarial Gamarra Perú en EXITOSA NOTICIAS. *Gamarra: Pedro Castillo debe liderar una verdadera reactivación económica, dice Saldña*. 27 de julio de 2021. Recuperado de <<https://twitter.com/exitosape/status/1420023278442369041?r=beUk3HUkOumcub8Da55RjA&es=09>>.

El análisis de las medidas de defensa comercial que realizamos en el presente trabajo está referido a las regulaciones que sobre *dumping*, subvenciones y salvaguardias contienen los acuerdos respectivos de la OMC, tomando también como referencia algunos aspectos contenidos en nuestra legislación nacional.

El lector debe tener en cuenta que los aspectos que abarca este trabajo académico no son exhaustivos, toda vez que los temas abordados tienen componentes muy técnicos, complejos y multidisciplinarios en su proceso de investigación. Por ello, en este documento no se abordan aspectos vinculados al procedimiento de investigación, salvo que resulte estrictamente necesario para la comprensión de un aspecto específico.

Esperamos que este trabajo pueda servir de incentivo para que el lector profundice en estas instituciones y otras del comercio internacional, en particular los relacionados con la OMC.

## 2. ANTECEDENTES

La Organización Mundial del Comercio - OMC es en la actualidad el organismo más importante en materia del comercio internacional. Es un organismo internacional basado en normas en el que cada país miembro tiene un voto, independientemente de su nivel de desarrollo económico o influencia comercial.

Desde nuestra perspectiva, una de las razones por la cuales la OMC es un organismo fundamental para el comercio internacional es que ha establecido principios y normas para regular dicho comercio entre los diferentes países miembros, reduciendo la práctica de la imposición del más fuerte o del que tiene mayor poder económico o comercial. Teniendo principios y normas claras se garantiza un mejor flujo comercial y con menos limitaciones o incertidumbres.

Todos los acuerdos (las normas) de la OMC están sustentadas en el respeto de cinco principios fundamentales del Sistema Multilateral de Comercio, entre los cuales, como veremos, resalta el principio de no discriminación en el comercio. A diferencia de otros organismos internacionales que pueden basar sus decisiones más en aspectos políticos que normativos y donde algunas decisiones se adoptan solamente con la participación de un grupo de países miembros, en la OMC cada país representa un voto y cada país tiene derecho a reclamar frente a aspectos comerciales que lo afectan por parte de otro país miembro, independientemente del nivel de desarrollo económico o comercial. Un ejemplo importante fue en su momento la «guerra comercial» entre Estados Unidos y China del 2018, en la que, frente a determinadas medidas restrictivas por parte de Estados Unidos, China presentó reclamaciones ante la OMC en su calidad de miembro de esta, porque estas medidas eran contrarias a los acuerdos adoptados en el marco de dicho organismo. Es más, una de las primeras controversias que se ventilaron en el seno de la OMC fue la que tuvo Venezuela contra Estados Unidos de Norteamérica sobre la gasolina venezolana, a la cual se le exigían requisitos discriminatorios para su ingreso al territorio norteamericano, disputa que terminó a favor de Venezuela, exigiéndosele a Estados Unidos un cambio normativo en sus requisitos de importación y que este último tuvo que cumplir.<sup>2</sup>

Otro aspecto importante para considerar es que todas las decisiones que se adopten sean por consenso de todos sus miembros.<sup>3</sup>

Actualmente, casi la mayoría de países a nivel mundial forman parte de la Organización Mundial del Comercio (un total de 164 miembros que representa el 98 % del comercio mundial).<sup>4</sup> Ello sucede porque en la OMC se ha establecido reglas claras que necesitan las operaciones de comercio internacional. Si no hay reglas claras, cada país hace lo que desea y ello tiene efectos negativos en el comercio

<sup>2</sup> Al respecto, se puede ver en la web de la OMC un video sobre este caso emblemático: <[https://www.wto.org/spanish/res\\_s/webcas\\_s/webcas\\_grid\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/res_s/webcas_s/webcas_grid_s.htm)>.

<sup>3</sup> Artículo IX del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

<sup>4</sup> Se puede visualizar el mapa de países miembros de la OMC en: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *La OMC en pocas palabras*. Recuperado de <[https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/inbrief\\_s/inbr\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/inbrief_s/inbr_s.htm)>.



de mercancías y servicios, en particular generándose aspectos discriminatorios recíprocos que pueden llevar a la parálisis comercial. Obviamente, las reglas de la OMC son de aplicación solamente entre los países miembros.

La OMC nace como tal recién en 1994, teniendo como antecedente en 1947 al GATT - Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Este último nunca llegó a materializarse como un organismo internacional con fuerza vinculante, desarrollándose únicamente con base en la buena intención de los países suscriptores como un foro importante de negociaciones. Ello significa que mientras en la OMC las decisiones que se adoptan deben ser cumplidas por todos los países, en el GATT algunos países podían dejar de cumplir sus compromisos justificándose en diversas razones, no existiendo reglas suficientes de cumplimiento obligatorio para todos. Por ello, durante la dictadura militar de 1968, el Perú, que era miembro del GATT, elevó sus aranceles a niveles desproporcionados para todos los productos importados, considerando que con ello se iba a desarrollar la industria nacional, lo que nunca sucedió. Hoy una medida de ese tipo sería impensable, por las repercusiones nefastas para nuestro comercio internacional en la era de la OMC. Es en el marco de las negociaciones en el GATT que se da origen a la OMC, fruto de la llamada Ronda Uruguay.<sup>5</sup>

Todos los países del mundo o son miembros o están interesados en participar en OMC. Las reglas evitan que los países con mayor poder económico puedan abusar de dicho poder en el comercio internacional.

De acuerdo con la información proporcionada en el portal oficial de la OMC «[l]a mayoría de los Acuerdos de la OMC son el resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay celebradas en 1986-1994 y se firmaron en la Conferencia Ministerial de Marrakech en abril de 1994. Existen unos 60 acuerdos y decisiones, que suman unas 550 páginas».<sup>6</sup>

### **2.1. Principios básicos del Sistema Multilateral de Comercio**

Los acuerdos adoptados en la OMC se sustentan en 5 principios básicos del llamado Sistema Multilateral de Comercio. Dichos principios son:

- No discriminación: el mismo que tiene dos manifestaciones, una referida a la no discriminación entre productos de diferentes países, denominado «trato de nación más favorecida» (significa que el producto del país A debe recibir el mismo tratamiento que el producto del país B) y el denominado «trato nacional» (que implica que el producto importado en el mercado interno no puede recibir un trato menos favorable que el producto nacional). Por ello, por ejemplo, no es posible, como se pretendió en un gobierno pasado, establecer exoneraciones del Impuesto General a las Ventas en la comercialización interna de computadoras fabricadas en el país frente a las computadoras importadas. Otro ejemplo importante sobre la aplicación de este principio es el mencionado líneas arriba sobre la controversia de la gasolina venezolana con los Estados Unidos de Norteamérica.
- Comercio libre: propugna que todos los problemas o controversias que surjan entre los países miembros en materia de comercio se resuelvan mediante la negociación y no imponiendo represalias unilaterales a la contraparte (prohibición de «retaliar»).
- Comercio previsible: resalta la necesidad de que los países tengan reglas claras y transparentes para los operadores del comercio, de tal manera que sea fácil para el exportador conocer los requisitos y exigencias para ingresar su mercadería a un determinado país y que se busque consolidar las restricciones al comercio en sus respectivos aranceles.

<sup>5</sup> Ver el Video del GATT a la OMC en <[https://www.wto.org/spanish/res\\_s/webcas\\_s/webcas\\_grid\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/res_s/webcas_s/webcas_grid_s.htm)>.

<sup>6</sup> Ver <[https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/legal\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm)>.

- Comercio competitivo: busca evitar las prácticas de competencia desleal, existiendo dentro de las reglas de la OMC acuerdos específicos para combatir y defenderse de las prácticas de *dumping* y de las subvenciones, de los productos importados.
- Trato diferenciado: pensado en los países de menor desarrollo, por el cual los plazos para exigir del cumplimiento de determinadas obligaciones en la OMC pueden ser mayor para los países con menor desarrollo que para los países desarrollados como, por ejemplo, las mayores exigencias medioambientales en el comercio.

Si bien los llamados acuerdos de defensa comercial se enmarcan en estos principios, al mismo tiempo puede evidenciarse que son también una excepción a algunos de ellos, en la medida que responden a contrarrestar situaciones que afectan el propio comercio internacional. Por ejemplo, las medidas *antidumping* y los derechos compensatorios se enmarcan en el principio de comercio competitivo, pero son una excepción al principio de no discriminación.

Veamos cada uno de dichos acuerdos considerados o llamados acuerdos de defensa comercial.

### 3. EL ACUERDO SOBRE *DUMPING*

El *dumping* es un tema que ya había sido abordado en el artículo VI del acuerdo GATT 1947, por lo que el nombre oficial del acuerdo respectivo en la OMC es Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994,<sup>7</sup> al que nos referiremos en adelante como Acuerdo sobre *Dumping*.

El Acuerdo establece que un producto es objeto de *dumping* cuando se introduce en el mercado de otro país a un precio inferior a su «valor normal»,<sup>8</sup> es decir, cuando su precio de exportación de un país a otro sea menor que el «precio comparable», en el curso de operaciones comerciales normales, siempre que se trate de un «producto similar» destinado al consumo en el país exportador.<sup>9</sup>

Adicionalmente, se establece la necesidad de determinar la existencia o amenaza de daño, debiendo dicho daño ser importante y causado a una rama de la producción nacional (RPN) o tratarse a una amenaza de daño importante a dicha rama de la producción o un retraso importante en la creación de dicha rama de la producción.<sup>10</sup>

Y, finalmente, es indispensable para la aplicación de medidas *antidumping* que se determine la existencia de un vínculo causal entre el margen de *dumping* identificado y el daño o amenaza de daño determinado en la investigación.

Como puede advertir el lector, existen varios elementos de la definición inicial que deben ser aclarados para tener una mejor apreciación sobre este acuerdo. Así, el «valor normal» es, generalmente, el precio al que se vende el producto en el mercado interno del país exportador. La lógica indica que si un producto en el mercado del país que exporta tiene un determinado precio, dicho precio no debería ser mayor que el precio de exportación, tratándose de operaciones comerciales normales, es decir, operaciones comerciales que no tengan ninguna distorsión interna. El «valor normal» es la primera forma que se usa como «precio comparable» a efectos de determinar la existencia de *dumping*.

Ello nos permite referirnos al «precio comparable», concepto que permitirá la determinación de la existencia de *dumping*. Dicho «precio comparable» se va a confrontar con el precio de exportación

<sup>7</sup> Ver texto del acuerdo en <[https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/19-adp\\_01\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm)>.

<sup>8</sup> Abordaremos este concepto con más detalle a continuación.

<sup>9</sup> Texto ligeramente parafraseado del artículo 2.1 del Acuerdo sobre *Dumping*.

<sup>10</sup> Nota 9 del Acuerdo sobre *Dumping*.

al mercado de destino y si el primero de ellos resulta mayor que el precio de exportación, entonces se podrá afirmar que existe *dumping*.<sup>11</sup>

Sin embargo, el «precio comparable» no es un concepto unívoco en el sentido de que no tiene siempre el mismo contenido. Como hemos señalado, será en principio el «valor normal» el que se tome inicialmente como «precio comparable», siempre que las ventas de dicho producto investigado, en el mercado interno del país exportador, representen por lo menos 5 % de las ventas de dicho producto al mercado importador.<sup>12</sup>

Ahora bien, si el «valor normal» no puede utilizarse como precio comparable, entonces se recurre a ubicar el «precio de exportación a un tercer país apropiado». Vale decir que tratándose de la importación de un producto al Perú a precio de *dumping*, si no fuera válido el «valor normal» se podría tomar como referencia el precio de exportación del mismo producto, desde el mismo país exportador, hacia el mercado colombiano, ecuatoriano o chileno, por ejemplo, en tanto dicho precio de exportación sea representativo. Caso contrario, el «precio comparable» tendría que determinarse en función del costo de producción en el país de origen más una cantidad razonable por concepto de gastos administrativos, gastos de venta y beneficios. A esto último se le denomina también «valor normal reconstruido».<sup>13</sup>

La comparación entre «valor normal» (Vn) y «precio de exportación» (Px) va a determinar el «margen de *dumping*», es decir, el porcentaje de diferencia entre Vn y Px. Ese margen de *dumping* es el que posteriormente servirá como referencia para aplicar las «medidas *antidumping*» que neutralicen el efecto del *dumping* en las importaciones.<sup>14</sup>

El concepto de «producto similar» alude a «un producto que sea idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado».<sup>15</sup>

En otras palabras, el producto importado con *dumping* y el producto de la rama de la producción nacional del país importador afectado deben ser idénticos. Ejemplo, si se importan chompas de hilo de nylon, la rama de la producción nacional afectada también debe producir chompas de hilo de nylon, no chompas de algodón ni chompas de lana de alpaca, toda vez que en el caso de *dumping* estamos refiriéndonos a productos idénticos y no a «productos directamente competidores», concepto que abordaremos al analizar las medidas de salvaguardia.

Teniendo ya identificados los elementos a ser analizados en la investigación del *dumping* es necesario recordar que el *dumping* se sanciona en tanto es una «práctica» de competencia desleal. Esta característica de «práctica» es la que determina que al investigarse el *dumping* debe considerarse su análisis en un periodo de tiempo determinado. Dicho plazo es normalmente de un año, pero no inferior a seis meses. Es decir, se requiere determinar que, efectivamente, ha existido una práctica de *dumping* con capacidad de causar daño a una rama de la producción nacional y no únicamente que ha existido algunas operaciones aisladas de importación con *dumping*.

<sup>11</sup> Resulta importante tener en cuenta que a efectos de hacer la comparación de los precios, estos deben ser equivalentes en valor, por ello generalmente se comparan en valores *ex fabrica* y lo más cercanos posible en tiempos (artículo 2.4 del Acuerdo sobre *Dumping*).

<sup>12</sup> Nota 2 del Acuerdo sobre *Dumping*.

<sup>13</sup> Ver los lineamientos sobre investigaciones por prácticas de *dumping* de la Comisión de *dumping*, subsidios y eliminación de barreras comerciales no arancelarias: INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Lineamientos de la comisión de dumping, subsidios y eliminación de barreras comerciales no arancelarias*. *Lineamientos sobre investigaciones por prácticas de dumping*, 2016. Recuperado de <<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/4145241/CFD+-+Lineamientos+de+la+Comisi%C3%B3n+de+Dumping%2C+Subsidios+y+Eliminaci%C3%B3n+de+Barreras+Comerciales+no+Arancelarias.pdf/02268d5f-9493-20ce-2ace-30cd761ff921#:~:text=EJ%20valor%20normal%20reconstruido%20se,como%20por%20concepto%20de%20beneficios>>.

<sup>14</sup> La fórmula que se usa para ello es:

$$[(Vn-Px) / Px] * 100 = \text{Margen de } \textit{dumping} (\%)$$

<sup>15</sup> Párrafo 2.6 del Acuerdo sobre *Dumping*.

Debemos recordar, como señalamos líneas arriba, que para sancionar la práctica del *dumping* debe darse de manera conjunta todos los elementos, no siendo suficiente que existan solo alguno de ellos: a) existencia de *dumping*; b) existencia de daño o amenaza de daño importante a una rama de la producción nacional de un producto idéntico al investigado; c) vínculo causal de a) y b).

De lo dicho hasta aquí podemos afirmar que las medidas *antidumping* no protegen a los comerciantes de productos idénticos, sino solo a los productores de dichos productos. Por lo tanto, si en el Perú no hay rama de la producción nacional de un producto que ingresa a precio de *dumping*, no podrá ser objeto de aplicación de estas medidas de defensa comercial. Este acuerdo, y ninguno de los acuerdos sobre defensa comercial de la OMC, se aplica a los comerciantes, solamente buscan proteger a los productores o rama de la producción nacional (RPN).

La determinación de la existencia del daño o amenaza de daño importante, parte del análisis de:

- El aumento del volumen de importaciones.
- Los efectos de dichas importaciones sobre el precio del producto similar.
- La repercusión sobre la rama de la producción nacional (RPN) del producto similar.<sup>16</sup>

Para la determinación de la existencia de daño o amenaza de daño uno de los primeros aspectos a analizar es, precisamente, cuál ha sido el volumen de aumento de las importaciones de dicho producto investigado en el mercado de destino, tanto en términos absolutos como en términos relativos respecto de la producción interna.<sup>17</sup>

Dicho incremento de importaciones puede tener efecto sobre el precio del producto similar en el mercado del país importador, en el sentido, por ejemplo, de que la rama de la producción nacional del producto similar (idéntico) no pueda aumentar sus precios a pesar del incremento del precio de los insumos o que, incluso, se haya tenido que reducir el precio de dichos productos para competir con las importaciones a precio de *dumping*.

En este punto, es necesario identificar quiénes constituyen la rama de la producción nacional (RPN) del producto similar (idéntico). Dicha denominación se aplica a todos los productores del producto similar, pero para ello se toma en cuenta el volumen de producción y no la cantidad de productores. En otras palabras, una rama de la producción nacional (RPN) podría estar compuesta por 1, 2 o 3 empresas o por 2000 empresas, dependiendo del volumen de producción del producto similar (idéntico). Ello es relevante porque el artículo 5 del Acuerdo sobre *Dumping* establece que cuando la rama de la producción nacional presenta una solicitud de investigación de *dumping* debe, por lo menos, representar al 25 % de dicha rama de la producción (entiéndase 25 % del volumen de producción). Dicho volumen de producción podría estar representado en una sola empresa que produce el 30 % de la producción nacional del producto similar (idéntico).

Ahora bien, existe una segunda regla adicional para determinar dicha representatividad de la rama de la producción nacional. Dicha regla está referida a la vinculación de algunos productores con los exportadores o con los importadores o que ellos mismos sean los importadores del producto objeto de *dumping*.<sup>18</sup> En este supuesto, para determinar el porcentaje de la representación de la rama de la producción nacional se excluye a dichos productores que tienen algún tipo de vinculación.

<sup>16</sup> Artículo 3 del Acuerdo sobre *Dumping*.

<sup>17</sup> Es posible que el volumen de importaciones no haya aumentado históricamente (valor absoluto), pero sí que se haya producido una disminución de la producción nacional en relación con la importación del producto similar (valor relativo). Ello es importante porque si de alguna manera el incremento de las importaciones no es significativo, no se aplican medidas *antidumping*, porque se entiende que un incremento reducido de importaciones difícilmente podría causar daño. Para ello, se considera como volumen de importaciones insignificante a un incremento menor al 3 % del total de importaciones del producto similar si las importaciones con *dumping* procedente un solo país, o menor al 7 % si las importaciones con *dumping* proceden de varios países y cada uno de ellos, sin embargo, es menor al 3 % (artículo 5.8 del Acuerdo sobre *Dumping*).

<sup>18</sup> Artículo 4 del Acuerdo sobre *Dumping*.

Esta regla permite proteger a los productores de menor volumen que, representando únicamente el 10 % de la rama de la producción, podrían verse afectados por las importaciones con *dumping* realizadas por otros integrantes de la rama de la producción nacional, pero que están relacionados a los importadores o exportadores de un producto a precio de *dumping*.

**Composición de la rama de la producción nacional  
para determinar representatividad para denunciar *dumping***

| Empresa      | Relación o vinculación                                        | Volumen de producción (%) | % de representación real de la RPN |
|--------------|---------------------------------------------------------------|---------------------------|------------------------------------|
| A            | Con exportador extranjero                                     | 25 %                      | 0 %                                |
| B            | Con importador nacional                                       | 30 %                      | 0 %                                |
| C            | Ninguna                                                       | 10 %                      | 50 %                               |
| D            | Ninguna                                                       | 5 %                       | 25 %                               |
| E            | El exportador extranjero es accionista del 50 % de la empresa | 25 %                      | 0 %                                |
| F            | Ninguna                                                       | 5 %                       | 25 %                               |
| <b>Total</b> |                                                               | <b>100 %</b>              | <b>100 %</b>                       |

Elaboración propia.

Del cuadro anterior se puede apreciar que las empresas C, D y F, aun cuando originalmente solo representaban el 20 % de la rama de la producción nacional y, por ende, nunca podrían por sí solas defenderse contra la práctica del *dumping*, en virtud a que los otros productores tienen vinculación con el exportador o importador del producto a precio de *dumping*, adquieren la representatividad para hacerlo, llegando a estar habilitadas para solicitar una investigación sobre *dumping* de un producto similar (idéntico)

La tercera parte del análisis para la determinación de la existencia o amenaza de daño está relacionada con analizar diversos aspectos que repercuten sobre la rama de la producción nacional (RPN) del producto similar, tales como:

- Disminución real o potencial de las ventas
- Porcentaje de participación en el mercado
- Disminución de los beneficios
- Disminución de la producción
- Disminución o paralización de las inversiones
- Uso de la capacidad instalada
- Comportamiento de los *stocks*
- Empleabilidad

- Otros factores similares<sup>19</sup>

Todos estos factores tienen que ser analizados y comparados con la situación de la rama de la producción antes de las importaciones a precio de *dumping* y durante y después de las importaciones a precio de *dumping*, a efectos de determinar con certeza el tercer elemento indispensable para sancionar el *dumping*: la causalidad.

En efecto, a fin de determinar la existencia de daño y su vínculo causal, se toma en consideración un periodo mínimo de tres años y el periodo de las importaciones a precio de *dumping*.<sup>20</sup> Ello permitirá evaluar cuál fue el comportamiento de dicha rama de la producción durante el periodo anterior a las importaciones a precio de *dumping* y comparar esos mismos factores durante y después de las importaciones a precio de *dumping*, de tal manera que pueda determinarse la existencia o amenaza de daño y, al mismo tiempo, la causalidad del *dumping* en ese daño o amenaza de daño.

Una RPN en los últimos dos años podría haber comenzado a tener problemas de liquidez, reducción de personal, pérdida de participación en el mercado, reducción de utilidades, subutilización de capacidad instalada, entre otros, sin que en ese periodo existan importaciones a precio de *dumping*. Se inician las importaciones a precio de *dumping* y la RPN sigue en caída en los mismos niveles identificados en los dos años anteriores. En este caso, si bien se pudo identificar existencia de *dumping* y, probablemente, existencia de daño en la RPN, lo que no se cumple es el vínculo causal, porque el daño a la RPN no obedecería al *dumping*, sino a otros factores distintos.

Finalmente, en la medida que confluyan los tres factores ya mencionados (*dumping*, daño y causalidad) será de aplicación las medidas *antidumping*. La aplicación de dichas medidas lo que busca es contrarrestar corregir o neutralizar los efectos negativos del *dumping*, por lo que la cuantía de dichas medidas no puede ser mayor al margen de *dumping* determinado,<sup>21</sup> en la medida que se estaría produciendo un «sobreprotección». La OMC permite la protección, pero no la sobreprotección, toda vez que el exceso estaría actuando como una barrera al comercio y podría ser objeto de una controversia ante la OMC.

Es importante tener en cuenta que las medidas *antidumping* se aplican y permanecerán en vigor durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar el *dumping* que esté causando daño, debiendo suprimirse máximo a los cinco años de impuesta la medida, salvo que antes de ese periodo se haya analizado que de suprimirse la medida *antidumping* y de, proseguir la práctica del *dumping*, se seguiría causando daño a la RPN.<sup>22</sup>

#### 4. EL ACUERDO SOBRE SUBVENCIONES

La denominación oficial del acuerdo es Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (en adelante, el Acuerdo sobre Subvenciones) y tiene su referente básico también el GATT 1994.

El Acuerdo define la subvención como toda contribución financiera de un Gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un país miembro.<sup>23</sup> A efectos de identificar el concepto de «contribución financiera» establece una relación detallada de modalidades de contribución:

- Transferencias directas de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos).

<sup>19</sup> Artículo 3 del Acuerdo sobre *Dumping*.

<sup>20</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Op. cit.*

<sup>21</sup> Artículo 9 del Acuerdo sobre *Dumping*.

<sup>22</sup> Artículo 7 del Acuerdo sobre *Dumping*.

<sup>23</sup> Artículo 1 del Acuerdo.

- Condonación o no recaudación de ingresos públicos que, en otro caso, se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como ciertos beneficios tributarios).
- Cuando un Gobierno proporcione bienes o servicios —que no sean de infraestructura general— o compre bienes para privados.
- Cuando un Gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos anteriores que normalmente incumbirían al Gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos.<sup>24</sup>

En otras palabras, a efectos del comercio internacional, establecer exoneraciones tributarias, financiamientos blandos, condonación de deudas y similares, y estas estén destinadas a facilitar la exportación de determinado producto a un mercado en el exterior constituye una subvención.

Pero sabemos que, efectivamente, los gobiernos de diferentes países, a través de mecanismos de promoción, otorgan subvenciones a sus exportadores o subvencionan la producción de ciertos bienes para facilitar su exportación posterior. ¿Cómo se compatibiliza ello con este Acuerdo?

El propio Acuerdo sobre Subvenciones se encarga de establecer tres categorías de subvenciones: las subvenciones prohibidas, las subvenciones recurribles y las subvenciones no recurribles:<sup>25</sup>

Se define como subvenciones prohibidas:

- a) Las subvenciones supeditadas a los resultados de exportación como condición única o entre otras varias condiciones.
- b) Las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales, con preferencia de los productos importados, como condición única o entre otras varias condiciones.<sup>26</sup>

Podríamos resumir estos dos tipos de subvenciones prohibidas en dos frases:

- a) «Si exportas, te doy la subvención».
- b) «Si utilizas un porcentaje de insumos importados en tus productos de exportación, te doy la subvención».

Estas dos frases nos recuerdan algunos beneficios otorgados a los exportadores justamente con esas características.<sup>27</sup> Hoy subsiste el tema del *drawback*, que válidamente responde a una devolución de los derechos arancelarios al exportador por los insumos importados usados en la elaboración del bien exportado, bajo la premisa tributaria que «los tributos no se exportan». Todo ello es correcto. El problema con nuestro *drawback* es que dicha devolución es un porcentaje fijo sobre el valor FOB de exportación y no una devolución real de los derechos arancelarios pagados con base en el valor CIF de importación, así lo ha reconocido el Tribunal Fiscal en la RTF n.º 03205-4-2005 de fecha 20/05/2005. Al ser un porcentaje fijo calculado sobre el valor de exportación sin tener en cuenta lo cancelado realmente por el importador, puede encubrirse una subvención prohibida si tal devolución

---

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> Al respecto, puede verse los artículos 3, 5 y 8 del Acuerdo.

<sup>26</sup> Artículo 3 y anexo 1 del Acuerdo.

<sup>27</sup> Nos referimos al caso del Certex (ya desaparecido) y del *drawback*.

resulta siendo mayor que los derechos arancelarios pagados por los insumos, materias primas o bienes intermedios importados y usados o incorporados en el bien de exportación.<sup>28</sup>

La pregunta que podría hacerse el lector es: ¿por qué no se denuncia al Perú ante la OMC por ello? Desde nuestro punto de vista, porque si bien tiene el riesgo de convertirse o de ser un subsidio prohibido, la magnitud del beneficio no llega a ser significativo para los mercados extranjeros, considerando además que el porcentaje de devolución sobre el valor FOB de exportación ha venido siendo reducido a lo largo de los años.<sup>29</sup>

La segunda razón es que en la medida que nuestro país cuenta con un significativo número de tratados de libre comercio o TLC, muchos de los insumos o materias primas pueden venir con arancel de importación cero, con lo cual no hay devolución que reclamar.

No obstante, debemos mencionar que en la OMC existe un mecanismo periódico de examen de políticas comerciales de todos sus miembros y en todos los exámenes realizados al Perú el tema del *drawback* ha sido siempre objeto de preguntas reiteradas de diversos socios comerciales, fundamentalmente sobre la forma simplificada de otorgar dicho beneficio, sin que ello responda realmente al derecho *ad valorem* pagado por los insumos o materias primas incorporados en el producto exportado.

Ahora bien, la naturaleza de las subvenciones prohibidas es que, de producirse alguna controversia al respecto, lo único que tendría que demostrar el denunciante en el procedimiento de investigación es la existencia de la subvención, no siendo necesario demostrar daño alguno y menos vínculo causal entre la subvención y el daño.

En la acera opuesta están las denominadas subvenciones no recurribles.<sup>30</sup> Tales subvenciones estarían referidas a los siguientes temas:

- La asistencia para actividades de investigación realizadas por empresas, o por instituciones de enseñanza superior o investigación contratadas por empresas.
- La asistencia para regiones desfavorecidas situadas en el territorio de un país miembro, prestada con arreglo a un marco general de desarrollo regional.
- La asistencia para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales impuestas mediante leyes y/o reglamentos que supongan mayores obligaciones o una mayor carga financiera para las empresas.<sup>31-32</sup>

La característica fundamental de las subvenciones no recurribles, a las que podríamos denominar también «subvenciones permitidas», es que, precisamente, no pueden ser susceptibles de sanción.

Por último, nos referimos a las «subvenciones recurribles», es decir, a todas las demás subvenciones que pueden otorgar los países miembros en el marco del comercio internacional, pero que no tienen la característica de subvenciones prohibidas o de subvenciones no recurribles.

<sup>28</sup> Al respecto, resulta de interés el análisis realizado por la abogada Mercedes Gómez Chávez en su tesis de magister sobre el *drawback*: GÓMEZ CHÁVEZ, Mercedes. *¿Es acaso Perú pasible de ser sancionado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) debido al drawback?* Tesis de maestría. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 38-39 y 60. Recuperado de <<http://hdl.handle.net/20.500.12404/8154>>.

<sup>29</sup> Actualmente, la restitución simplificada del *drawback* es de 3 % del valor FOB de exportación. Ver PLATAFORMA DIGITAL ÚNICA DEL ESTADO PERUANO. *Drawback*. Recuperado de <<https://www.gob.pe/1207-drawback>>.

<sup>30</sup> Artículo 8 del Acuerdo.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Dichas subvenciones están, además, sujetas a un conjunto de condicionamientos técnicos que no se reproducen por no ser el objetivo de este trabajo.



En este caso, dichas subvenciones pueden ser objeto de denuncia y procedimiento de investigación y de determinarse los tres elementos esenciales: existencia de subvención, existencia de daño y vínculo causal entre la subvención y el daño se aplicarían los llamados «derechos compensatorios».<sup>33</sup> Igualmente, debe tenerse en cuenta que el Acuerdo sobre Subvenciones solo protege la rama de la producción nacional (RPN) de productos similares (idénticos).

Como el lector puede intuir, salvo particularidades específicas, el procedimiento de investigación de las subvenciones recurribles y del *dumping* son muy similares. En general, lo que los diferencia es quién realiza la «práctica» que permite a un producto ingresar a un mercado importador de manera desleal, generando daño a la rama de la producción nacional del mercado del país importador. En el caso del *dumping*, dicha «práctica» era realizada directamente por el empresario exportador o productor del país exportado, era una práctica privada; mientras en el caso de las subvenciones dicha práctica la realiza el Estado o un organismo del Estado.

Finalmente, es importante tener en cuenta que un derecho compensatorio solo permanecerá en vigor durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar la subvención que esté causando daño, debiendo, no obstante, levantarse a los cinco años de impuesta la medida, salvo que la autoridad determine que la medida debe continuar porque de lo contrario seguiría causando daño a la RPN.<sup>34</sup>

## 5. EL ACUERDO SOBRE SALVAGUARDIAS

La denominación oficial es Acuerdo sobre Salvaguardias. Sin embargo, es un desarrollo de artículo XIX del GATT 1994: medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados. Indicamos esto último porque en algunos de los tratados de libre comercio suscritos por el Perú no se alude a «salvaguardias» sino a «medidas de urgencia».

La salvaguardia es una medida de defensa comercial que busca restringir de manera temporal las importaciones de determinado producto, si se ha establecido que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional de productos similares o directamente competidores.<sup>35</sup>

Hay una condición adicional considerada en el Acuerdo sobre Salvaguardias consistente en que las medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda.<sup>36</sup>

Hasta aquí debemos resaltar dos características diferenciales de las salvaguardias en relación con las otras medidas de defensa comercial:

- a) No solo protege a la RPN de productos similares (idénticos), sino también a la RPN de «productos directamente competidores» o también llamados «directamente sustituibles», es decir que compiten en el mercado del que se trate, pero sin ser «idénticos» pueden sustituirse uno por otro debido a sus características particulares.<sup>37</sup> Los acuerdos de la OMC no contienen una definición de «productos directamente competidores», sin embargo, en el TLC entre Perú y China se define este concepto como: «producto directamente competidor se refiere

<sup>33</sup> La nota 36 del Acuerdo establece que se entiende por «derecho compensatorio» un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994.

<sup>34</sup> Artículo 21 del Acuerdo.

<sup>35</sup> Artículo 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> Ver el concepto en web OMC: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí*. Recuperado de

al producto que teniendo características físicas y composición diferente a aquellas del producto importado, cumple con las mismas funciones de la última, satisface las mismas necesidades y es comercialmente sustituible».<sup>38</sup> En consecuencia, la aplicación de una medida de salvaguardia no solamente se aplicaría para proteger una RPN de productos idénticos al importado (p. ej. chompa tejida con lana sintética), sino a la RPN de productos competidores (productores de chompas con lana de alpaca, ovino, casacas, chompas de polar, entre otros).

- b) En segundo lugar, es una medida que no discrimina la procedencia u origen del producto a aplicársele la salvaguardia. Se aplica al producto, sin importar de donde venga. Ello implica que se toma en cuenta el total de importaciones de dicho producto de todos los países que exportan al Perú y esa magnitud es la que servirá para evaluar el eventual daño. Al aplicarse la medida de salvaguardia se aplica a todos los países que sean exportadores del referido producto al Perú, aun cuando ellos no sean los causantes directos del efecto perjudicial para la RPN.

De otro lado, el texto del acuerdo transcrito líneas arriba nos permite identificar varios elementos para tener en cuenta:

- Las medidas de salvaguardia se aplican frente al incremento de importaciones de un producto.
- Dicho incremento puede ser en términos absolutos o relativos.
- La importación de dicho producto causa o amenaza causar daño grave a la rama de la producción nacional.
- La rama de la producción nacional afectada tiene que ser de productos similares o directamente competidores.
- Las medidas de salvaguardia se aplican al producto, independientemente de su lugar de procedencia.

Estas vienen a ser las condiciones necesarias para determinar la aplicación de una medida de salvaguardia.

Hay otro aspecto diferenciador con relación a las otras medidas de defensa comercial (*dumping* y subvenciones), el hecho de que la aplicación de salvaguardia no está condicionada a la identificación de una práctica de comercio desleal, como el *dumping* o la subvención. Para aplicar medidas de salvaguardia se requiere verificar el cumplimiento de otros requisitos, como es *el aumento significativo de las importaciones del producto investigado*, así como el daño grave o la amenaza de daño grave que tales importaciones generan a la rama de producción nacional que elabora productos similares o productos directamente competidores.<sup>39</sup> Es decir, ese incremento de importaciones puede deberse a mejores condiciones de competitividad del exportador, por ejemplo.

A ello se agrega el hecho de que, para aplicar medidas de salvaguardia, la rama de la producción afectada debe establecer un plan de reajuste para que durante el periodo que se aplique la salvaguardia

<sup>38</sup> Artículo 76 del TLC entre Perú y China; GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China. Capítulo de defensa comercial*. 28 de abril de 2009. Recuperado de <<https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/>>. Similar concepto ha desarrollado la jurisprudencia de la OMC y también INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Guía informativa sobre el procedimiento de investigación sobre salvaguardias*. 2021. Recuperado de <<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1936795/Gu%C3%ADa%20informativa%20sobre%20el%20procedimiento%20de%20investigaci%C3%B3n%20sobre%20salvaguardias.pdf>>.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 3.

pueda adecuarse a los niveles de competencia que lo afectaron, ello porque la única justificación para aplicar medidas de salvaguardia es evitar el colapso de la rama de la producción de que se trate.

La *Guía informativa sobre el procedimiento de investigación sobre salvaguardias* del Indecopi indica:

Las medidas de salvaguardia constituyen un mecanismo excepcional de defensa comercial que los miembros de la OMC pueden utilizar en situaciones de emergencia, con la finalidad de evitar que se produzca el colapso de la rama de la producción nacional afectada real o potencialmente por el incremento súbito y significativo de las importaciones, bajo el compromiso de implementar un plan de reajuste que le permita adaptarse a las nuevas condiciones de competencia imperantes en el mercado.<sup>40</sup>

Finalmente, el último elemento diferenciador de este mecanismo de defensa comercial lo encontramos plasmado en el artículo 8 del Acuerdo sobre Salvaguardias al establecerse que el país miembro que propone aplicar una medida de salvaguardia o prorrogarla debe otorgar concesiones o compensaciones comerciales a los países miembros exportadores que se verían afectados con la medida. Esta exigencia es plenamente coherente con el hecho de que la medida de salvaguardia no es una sanción por prácticas comerciales desleales, sino únicamente un mecanismo de emergencia para proteger el colapso de una rama de la producción que está imposibilitada de competir frente al aumento súbito de importaciones, como ya hemos detallado.

Por todo lo detallado hasta aquí es que no resulta fácil aplicar medidas de salvaguardia y menos aplicarlas solo a los productos originarios de un país específico, salvo que se trate del único exportador de dichos productos a nuestro país.

De otro lado, el análisis que se realiza para la determinación del daño y vínculo causal es similar a las de *dumping* y subvenciones, pero las formas que pueden adoptar las medidas de salvaguardia son dos:

- a) Salvaguardias arancelarias: es decir, una sobre tasa a la importación de dicho producto, que a su vez puede ser sobre el valor de la importación (*ad valorem*) o en relación con una unidad de medida de lo importado (específica: kilogramo, metros, unidades del producto, entre otros).
- b) Una salvaguardia de contingentes: establecer límites al volumen de importaciones de los productos investigados y distribuyendo dicho tope proporcionalmente entre los países exportadores.<sup>41-42</sup>

Un aspecto que no podemos perder de vista y que también constituye un elemento diferenciador de la aplicación de medidas de salvaguardia sobre las otras medidas de defensa comercial es que la decisión de esta en el Perú es de competencia en la esfera «política». Efectivamente, la investigación de *dumping* y la de subvenciones, así como la aplicación de las medidas *antidumping* y de derechos compensatorios, respectivamente, recaen en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, íntegramente, pero la investigación de la salvaguardia y la aplicación de las medidas de salvaguardia recae, la primera, en el Indecopi, que emite una opinión técnica sobre la eventual procedencia o no de las medidas; y la decisión de gobierno de aplicar las medidas recae en una comisión multisectorial de ministros: de Economía, de Comercio exterior y Turismo, y del sector al que pertenece la RPN afectada. La decisión de aplicación o no de la medida de salvaguardia se materializa en la expedición de un decreto supremo.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Normalmente, los TLC no permiten este tipo de medidas de salvaguardia. Solo aceptan la aplicación de medidas de salvaguardia arancelarias.

<sup>42</sup> Tratándose de medidas cuantitativas, el artículo 5 del Acuerdo sobre Salvaguardias establece que no se reducirá la cuantía de las importaciones por debajo del nivel de un periodo que será el promedio de las importaciones realizadas en los tres últimos años representativos sobre los cuales se disponga de estadística.

<sup>43</sup> Artículo 5 del Decreto Supremo n.º 020-98-ITINCI, modificado por Decreto Supremo N.º 017-2004-MINCETUR.

Finalmente, cabe indicar que el plazo máximo para establecimiento de medidas de salvaguardia en la OMC es de 4cuatro años, prorrogable por cuatro más a condición de que se demuestre que la medida de salvaguardia sigue siendo necesaria para prevenir o reparar el daño grave y que hay pruebas de que la rama de producción está en proceso de reajuste,<sup>44</sup> no pudiendo volverse a aplicar ninguna medida de salvaguardia a la importación de un producto que haya estado sujeto a una medida de esa índole hasta que transcurra un periodo igual a aquel durante el cual se haya aplicado anteriormente tal medida, a condición de que el periodo de no aplicación sea como mínimo de dos años.<sup>45</sup>

## 6. CONCLUSIONES

El *dumping* es una práctica empresarial privada que busca ingresar a un mercado exportador de manera desleal, por lo que se permite que el país miembro afectado aplique medidas *antidumping* luego de una investigación que demuestre la existencia de la práctica del *dumping*, el daño grave o la amenaza de daño grave causado a una rama de la producción nacional de un producto idéntico y en tanto exista vínculo causal entre dicho daño y el *dumping*. Si falta alguno de estos tres elementos, no será posible aplicar medidas *antidumping*.

La subvención es una práctica estatal que busca facilitar el ingreso de sus exportadores a un mercado de exportación, generando una competencia desleal. El mecanismo para contrarrestarla es la aplicación de las medidas compensatorias, las mismas que se aplicarán a las subvenciones prohibidas y a las subvenciones recurribles en las que se ha demostrado daño a la RPN de productos similares (idénticos) y vínculo causal entre la subvención y el daño causado. En el caso de subvenciones prohibidas no se requiere la demostración de daño.

Tanto las medidas *antidumping* como los derechos compensatorios buscan neutralizar el efecto negativo del margen de *dumping* o de subvención, por lo que no se permite que dichas medidas tengan un valor mayor que los márgenes de *dumping* o de subvención determinados en la investigación.

La medida de salvaguardia no es una sanción por prácticas comerciales desleales, sino únicamente un mecanismo de emergencia para proteger el colapso de una RPN que está imposibilitada de competir frente al aumento súbito de importaciones debido a mejores condiciones de competitividad de dichas importaciones. Por ello se exige que antes de aplicarse salvaguardias, la RPN presente un plan de ajuste para que durante el tiempo de aplicación de las salvaguardias dicha rama productiva pueda mejorar su competitividad frente a los productos importados de que se trate.

La medida de salvaguardia no se aplica a la importación de un producto de un país determinado, sino se aplica a todos los productos importados, independientemente del país de donde proceda la importación, a diferencia de las medidas *antidumping* y a los derechos compensatorios.

El país miembro que propone aplicar una medida de salvaguardia o prorrogarla debe otorgar concesiones o compensaciones comerciales a los países miembros exportadores que se verían afectados con la medida. Ello, precisamente, porque el país afectado por la medida de salvaguardia no ha realizado ninguna práctica desleal de comercio.

La decisión de la aplicación de medidas *antidumping* o de derechos compensatorios recae en nuestro país íntegramente en el Indecopi, mientras que en el caso de las medidas de salvaguardia, el Indecopi realiza el análisis técnico y eleva sus conclusiones y recomendaciones a una comisión multisectorial de ministros, que son los que finalmente adoptan la decisión de aplicar o no una medida de salvaguardia, materializándola mediante un decreto supremo. Esto último tiene lógica en la medida que, como se señala en el presente trabajo, el Gobierno tendría que negociar compensaciones comerciales con todos los países afectados por la imposición de la salvaguardia.

---

<sup>44</sup> Artículo 7 del Acuerdo sobre Salvaguardias.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

En todos los casos, las medidas de protección comercial solo se aplican luego de procedimiento previo de investigación y únicamente protegen a los productores nacionales de productos similares (o sea, productos idénticos al importado). Solo en el caso de las salvaguardias, la protección se extiende también a los productores de los «productos directamente competidores», pero nunca el objetivo de protección está destinado a los comercializadores.

## 7. REFERENCIAS

EXITOSA NOTICIAS. *Gamarra: Pedro Castillo debe liderar una verdadera reactivación económica, dice Saldaña*. 27 de julio de 2021. Recuperado de <<https://www.exitosanoticias.pe/actualidad/gamarra-pedro-castillo-debe-liderar-una-verdadera-reactivacion-economica-dice-saldana-n56816>>.

GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China. Capítulo de defensa comercial*. 28 de abril de 2009. Recuperado de <<https://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/>>.

GÓMEZ CHÁVEZ, Mercedes. *¿Es acaso Perú pasible de ser sancionado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) debido al drawback?* Tesis de maestría. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <<http://hdl.handle.net/20.500.12404/8154>>.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Guía informativa sobre el procedimiento de investigación sobre salvaguardias*. 2021. Recuperado de <<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1936795/Gu%C3%ADa%20informativa%20sobre%20el%20procedimiento%20de%20investigaci%C3%B3n%20sobre%20salvaguardias.pdf.pdf>>

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Guía para la presentación de una solicitud de inicio de investigación por prácticas de subvenciones (Para uso de los productores nacionales)*. 2013. Recuperado de <<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/4102615/Gu%C3%ADa+para+empresas+productoras+-+subvenciones.pdf/f3f5ea79-ef79-ac2c-79f0-25e55a9835b1>>.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. *Lineamientos de la comisión de dumping, subsidios y eliminación de barreras comerciales no arancelarias. Lineamientos sobre investigaciones por prácticas de dumping*. 2016. Recuperado de <<https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/4145241/CFD+-+Lineamientos+de+la+Comisi%C3%B3n+de+Dumping%2C+Subsidios+y+Eliminaci%C3%B3n+de+Barreras+Comerciales+no+Arancelarias.pdf/02268d5f-9493-20ce-2aee-30cd761ff921#:~:text=El%20valor%20normal%20reconstruido%20se,como%20por%20concepto%20de%20beneficios>>.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO, INTEGRACIÓN Y NEGOCIACIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. *Decreto Supremo n.º 020-98-ITINCI (1998). Aprueban normas reglamentarias de los Acuerdos sobre Salvaguardias y de Textiles y Vestido de la Organización Mundial del Comercio*. 19 de diciembre de 1998. Recuperado de <<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H782409>>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947)*. Recuperado de <[https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/gatt47\\_01\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm)>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. Organización Mundial del Comercio. 15 de abril de 1994*. Recuperado de <[https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/19-adp\\_01\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/19-adp_01_s.htm)>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Acuerdo sobre Salvaguardias*. 15 de abril de 1994. Recuperado de <[https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/25-safeg\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/25-safeg_s.htm)>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *La OMC en pocas palabras*. Recuperado de <[https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/inbrief\\_s/inbr\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/inbrief_s/inbr_s.htm)>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí*. Recuperado de <[https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/repertory\\_s/d1\\_s.htm#:~:text=La%20expresi%C3%B3n%20%E2%80%9Cdirectamente%20competidores%20o,los%20productos%20est%C3%A1n%20en%20competencia.>](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/d1_s.htm#:~:text=La%20expresi%C3%B3n%20%E2%80%9Cdirectamente%20competidores%20o,los%20productos%20est%C3%A1n%20en%20competencia.>)>.

PLATAFORMA DIGITAL ÚNICA DEL ESTADO PERUANO. *Drawback*. Recuperado de <<https://www.gob.pe/1207-drawback>>.

## REFLEXIONES SOBRE EL ARBITRAJE DE CONSUMO

*María Beatriz Parodi Luna\**

**Sumario:** 1. Marco legal general.— 2. El arbitraje de consumo como sistema de solución de controversias.— 3. Características especiales del Sistema de Arbitraje de Consumo.— 4. Algunas cifras.— 4.1. Registro de Proveedores Afiliados.— 4.2. Solicitudes arbitrales vs. reclamos/denuncias en el Indecopi.— 5. Reflexiones, luego de diez años de creación del arbitraje de consumo.— 6. Conclusiones.— 7. Referencias.

El Sistema de Arbitraje de Consumo está diseñado para constituir una alternativa ágil y eficiente para la solución de controversias derivadas de relaciones de consumo entre un proveedor y un consumidor. No obstante, a más de diez años de su creación legal en el Perú, los reclamos de consumidores se siguen canalizando mayoritariamente a través de procedimientos administrativos sancionadores ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi). Por tanto, se debe buscar los incentivos necesarios y suficientes, así como mecanismos de difusión, para consolidar este sistema en el mercado.

### 1. MARCO LEGAL GENERAL

Mediante Ley n.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, Codeco), promulgado en el año 2010, se creó el Sistema de Arbitraje de Consumo con la finalidad de brindar a los consumidores una alternativa de solución de conflictos que cumpla con las características de sencillez, rapidez, gratuidad y carácter vinculante entre consumidores y proveedores.

En efecto, la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios tiene origen constitucional, conforme es reconocido en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, el cual establece: «El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios», para lo cual garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, dentro de un régimen de economía social de mercado.

En ese contexto, el Codeco<sup>1</sup> tiene como finalidad que los consumidores «[...] gocen de los derechos y los mecanismos efectivos para su protección, reduciendo la asimetría informativa [...]». De este modo, dentro del Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor, se crea la justicia de consumo, a la cual se integra el Sistema de Arbitraje de Consumo.<sup>2</sup>

Mediante Decreto Supremo n.º 046-2011-PCM se aprobó el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, precisado posteriormente por el Decreto Supremo n.º 049-2016-PCM. Asimismo, se dictaron una serie de directivas destinadas a regular dicho procedimiento.

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster universitario en Gobierno y Gestión Pública en América Latina - Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España). Consultora legal independiente especializada en el ámbito corporativo, Sector Sin Fines de Lucro y Cooperación Técnica Internacional. Árbitra y miembro de la Corte de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

<sup>1</sup> Artículo II del Título Preliminar.

<sup>2</sup> Codeco: título VII: «Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor»; capítulo I: «Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor»; capítulo II: «Justicia de consumo»; subcapítulo I: «Sistema de Arbitraje de Consumo»; subcapítulo II: «Mecanismos alternativos de solución de conflictos»; subcapítulo III: «El libro de reclamaciones».

En la actualidad, mediante Decreto Supremo n.º 103-2019-PCM, se aprobó el nuevo Reglamento, que no solo sustituye al anterior, sino también deja sin efecto los demás dispositivos que lo regulaban. Como consecuencia de ello se establecen las normas reglamentarias de este sistema de manera uniforme y consolidada en un solo cuerpo normativo, buscando mejorar el mismo. De acuerdo a la parte considerativa del actual Reglamento, con base en la experiencia obtenida por el Indecopi:

«[...] se considera necesario incorporar disposiciones normativas que permitan asegurar la continuidad del Sistema de Arbitraje de Consumo al reducir los costos de su ejecución, estableciendo como regla general que los tribunales arbitrales encargados de resolver la controversia sean unipersonales, evitando así la constitución de tribunales colegiados; además de incorporar la adhesión limitada al Sistema de Arbitraje de Consumo para que un número mayor de proveedores utilicen este mecanismo de solución de controversias;

Que, asimismo, resulta necesario otorgar mayor libertad a las partes para que elijan el árbitro correspondiente, simplificar el proceso arbitral, y regular los procedimientos de nominación de árbitros y adhesión de proveedores en una sola normativa [...].»

Con relación al anterior Reglamento del 2011, se suelen indicar las siguientes limitaciones y/o críticas:<sup>3</sup> (i) procedimiento de carácter burocrático, orientado hacia un excesivo intervencionismo de la autoridad administrativa, ya que el Sistema se organizaba a través de las juntas arbitrales de consumo constituidas por la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, y de los órganos arbitrales;<sup>4</sup> (ii) falta de simplicidad en el procedimiento; (iii) las partes no podían seleccionar al árbitro, sino lo realizaban las juntas arbitrales de consumo, lo cual colisionaba con el principio de libertad para la designación de los árbitros propio de la jurisdicción arbitral; (iv) la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor tenía, entre sus funciones, la de coordinar con los gobiernos regionales y locales la constitución de juntas arbitrales de consumo, conforme a los lineamientos que debían establecerse. De otro lado, tales juntas arbitrales (que eran órganos constituidos al interior de entidades de la Administración Pública) tenían como finalidad organizar el Sistema de Arbitraje de Consumo y promoverlo entre los agentes del mercado y los consumidores de su localidad, así como brindar los servicios administrativos y de secretaría técnica a los órganos arbitrales.<sup>5</sup> Ello implicaba contar con presupuesto (sector público) para prestar el apoyo en recursos humanos, financieros y de infraestructura necesarios para su funcionamiento, además de presentarse problemas de confianza y/o credibilidad existentes en los gobiernos regionales.

## 2. EL ARBITRAJE DE CONSUMO COMO SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El arbitraje de consumo constituye, al igual que el proceso arbitral en general, un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias. Conforme al artículo 2 del Reglamento, este Sistema tiene por finalidad resolver con carácter vinculante, y produciendo efectos de cosa juzgada, los conflictos surgidos entre consumidores y proveedores en el marco de una relación de consumo (conforme son definidas dichas categorías en el Codeco).<sup>6</sup> En particular, el arbitraje de consumo constituye un mecanismo alternativo y ágil a fin de solucionar las controversias entre consumidores y proveedores, que no se agota en la imposición de sanciones administrativas (propias de un procedimiento sancionador

<sup>3</sup> MERCADO & COMPETENCIA. Entrevista «¿Por qué no funciona el arbitraje de consumo en el Perú?»/ Omar Damián. 2020. [Video de YouTube]. Recuperado de <<https://www.youtube.com/watch?v=QNnigNZvGeo>>.

<sup>4</sup> Artículo 3 del anterior Reglamento. De acuerdo al actual artículo 6 del Reglamento: «El Sistema de Arbitraje de Consumo se organiza a través de la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección al Consumidor, las Juntas Arbitrales de Consumo y los Tribunales Arbitrales».

<sup>5</sup> Artículo 5.1. del anterior Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.

<sup>6</sup> Codeco: Título Preliminar  
Artículo IV.- «Definiciones  
Para los efectos del presente Código, se entiende por:  
[...]»

5. Relación de consumo.- Es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica. Esto sin perjuicio de los supuestos contemplados en el artículo III».



ante la Administración Pública, a través de denuncias de consumidores ante el Indecopi) y que comprende también el reconocimiento de resarcimiento de daños en favor del consumidor.

La controversia es resuelta por un tercero (árbitro) debidamente inscrito en el Registro Único de Árbitros del Indecopi, el cual debe cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento. Dicho Registro «está conformado por profesionales propuestos por tres sectores: a) entidades públicas que integran el consejo nacional de protección del consumidor; b) asociaciones de consumidores; y, c) organizaciones empresariales»<sup>7-8</sup>. La regla general es que el tribunal arbitral esté conformado por árbitro único, salvo pacto en contrario suscrito entre las partes para que sea un tribunal colegiado de tres árbitros y siempre que la cuantía supere las 3 UTT,<sup>9</sup> con lo cual se busca hacer más expeditivo dicho Sistema. Asimismo, en el Reglamento se establece que las partes pueden designar a sus árbitros o, en su defecto, será designado por el secretario técnico de la Junta Arbitral de Consumo, conforme a las reglas establecidas en el Reglamento.<sup>10</sup> En la actualidad se encuentran registrados 38 árbitros en el Registro Único de Árbitros.<sup>11</sup>

El sometimiento a este tipo de arbitraje es de carácter voluntario y debe constar por escrito o por cualquier otro medio fehaciente. El artículo 31 del Reglamento establece que la voluntad de las partes se puede acreditar a través de los siguientes medios: (i) convenio arbitral que debe constar por escrito como un anexo del contrato de consumo o en un acuerdo independiente convenido por las partes, que contenga la voluntad expresa del proveedor y el consumidor de resolver sus conflictos a través del arbitraje de consumo; (ii) con la presentación de una solicitud de inicio de arbitraje contra un proveedor adherido al Sistema de Arbitraje de Consumo; o, (iii) una vez surgida la controversia, cuando el proveedor acepta la petición del consumidor de someter al arbitraje de consumo dicha controversia.<sup>12</sup>

El arbitraje de consumo si bien es gestionado por el Estado, toda vez que la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor (que es el Indecopi)<sup>13</sup> organiza un régimen institucionalizado de este Sistema, no es en rigor un procedimiento administrativo especial, sino que constituye un tipo de arbitraje, con elementos particulares y diferentes del arbitraje comercial. En este sentido, como veremos más adelante a partir de sus características: resuelve con carácter vinculante y definitivo las controversias entre consumidores y proveedores, esto es, entre dos partes; el fondo de la decisión (laudo arbitral) no es revisable en el ámbito judicial (instancia única como en el proceso arbitral general), sin perjuicio de la posibilidad de interponer el recurso de anulación de laudo arbitral para cuestionar su validez en determinadas causales conforme al Decreto Legislativo n.º 1071);<sup>14</sup> es de acceso voluntario; existe la

<sup>7</sup> AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. *Tribunales arbitrales*. Recuperado de <<https://www.consumidor.gob.pe/tribunales-arbitrales>>.

<sup>8</sup> Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional - AFIN, Asociación Peruana de Empresas de Seguros - Apeseg, Sociedad de Comercio Exterior del Perú - Comex, Asociación de Pequeños Comerciantes de Lima - Apelima. INDECOPI. *Registro Único de Árbitros*. Recuperado de <[https://www.consumidor.gob.pe/documents/127561/7559696/Registro\\_Unico\\_Arbitros\\_Nov\\_2021.pdf/0c38b8c9-a402-c891-7c8b-9c29bb182917](https://www.consumidor.gob.pe/documents/127561/7559696/Registro_Unico_Arbitros_Nov_2021.pdf/0c38b8c9-a402-c891-7c8b-9c29bb182917)>.

<sup>9</sup> Artículo 13.1 del Reglamento.

<sup>10</sup> Artículo 13.2. del Reglamento.

<sup>11</sup> AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. *Op. cit.*

<sup>12</sup> Reglamento

Artículo 31.- «Sometimiento al arbitraje de consumo  
[...]

31.3 Cuando el consumidor solicite el inicio de un arbitraje de consumo contra un proveedor que no se encuentre adherido al Sistema de Arbitraje de Consumo o con el cual no ha suscrito un convenio arbitral, el Secretario Técnico de la Junta Arbitral de Consumo comunica dicha solicitud al proveedor demandado para que la acepte o rechace, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de recibida la notificación. Transcurrido el plazo, sin aceptación del proveedor al arbitraje de consumo, el Secretario Técnico de la Junta Arbitral de Consumo rechaza la solicitud y ordena su archivamiento, notificando únicamente al consumidor demandante».

<sup>13</sup> Artículo 3 (Definiciones) del Reglamento.

<sup>14</sup> Reglamento

Artículo 49.- «Anulación del laudo

49.1 El recurso de anulación es el único recurso que las partes pueden interponer contra el laudo para cuestionar su validez, siempre que se sustente en alguna de las causales establecidas en el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 o norma que lo sustituya.

posibilidad en el actual Reglamento de libre elección de los árbitros; aplicación supletoria del Decreto Legislativo n.º 1071: Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

### 3. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL SISTEMA DE ARBITRAJE DE CONSUMO

Las características que se reconocen a este sistema de arbitraje son las siguientes: carácter vinculante<sup>15</sup> y efecto de cosa juzgada al ser un mecanismo definitivo de solución de controversias y de obligatorio cumplimiento por las partes,<sup>16</sup> si bien existe la posibilidad de anulación de laudo arbitral en supuestos taxativos que no implican la revisión o modificación del contenido del laudo; sencillez; gratuidad; voluntariedad; confidencialidad; prevalencia del arbitraje de derecho;<sup>17</sup> rapidez y celeridad;<sup>18</sup> unidireccionalidad (solo a instancia del consumidor,<sup>19</sup> y no se ha previsto en el Reglamento la posibilidad de formular reconvencción por el proveedor); exclusivo y excluyente (en cuanto a que, conforme al artículo 145 del Codeco, el sometimiento al arbitraje de consumo excluye la posibilidad de que el consumidor inicie un procedimiento administrativo por infracción a las normas del Codeco o que pretenda beneficiarse con una medida correctiva dictada por la autoridad de consumo en los procedimientos que esta pueda seguir para la protección del interés público de los consumidores); arbitraje gestionado por el Estado (Altamirano, 2021; Morales, 2020; Indecopi, 2019).

Es importante destacar, como una de las particularidades del arbitraje de consumo, su finalidad de lograr un balance de los intereses tanto del consumidor como del proveedor en cuanto a que, por un lado, derivado de lo establecido en el artículo 145 del Codeco, este tipo de arbitraje no implica la imposición de multas por parte del Indecopi ante infracciones a las normas sobre protección del consumidor, lo cual lo diferencia de los procedimientos administrativos sancionadores ante dicha entidad, en los cuales se imponen sanciones administrativas (multas) a los proveedores, además de medidas correctivas reparadoras y complementarias. Cabe destacar que ello no excluye la posibilidad de que el Indecopi, de conformidad con el artículo 143 del Codeco, basándose en los mismos hechos como indicios de una infracción a las normas de consumidor, pueda iniciar investigaciones y procedimientos de oficio por propia iniciativa que tengan por objeto la protección del interés colectivo de los consumidores.<sup>20</sup> De otro lado, en lo que se refiere al consumidor —a diferencia del procedimiento administrativo sancionador—,<sup>21</sup> este puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios (daño emergente y/o lucro cesante), lo cual debe ser solicitado (y acreditado) expresamente como parte de las pretensiones del consumidor demandante.

49.2 El recurso de anulación debe interponerse ante la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación del laudo».

<sup>15</sup> No obstante, de conformidad con el artículo 146 del Codeco: «El laudo arbitral que se emite en un arbitraje de consumo no es vinculante para la autoridad administrativa para que inicie o continúe de oficio un procedimiento administrativo en defensa del interés público de los consumidores».

<sup>16</sup> Codeco

Artículo 144.- «Exigibilidad de los laudos arbitrales y acuerdos

El laudo arbitral firme y el acta suscrita por las partes que contiene un acuerdo conciliatorio celebrado entre consumidor y proveedor, conforme a los mecanismos señalados en el presente capítulo, constituyen título ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 688 del Código Procesal Civil. [...]».

<sup>17</sup> Conforme al artículo 33 del Reglamento, el arbitraje de consumo es de derecho, salvo que las partes pacten expresamente que el tribunal arbitral decida en equidad o conciencia. En estos dos últimos casos, el árbitro no necesariamente será abogado.

<sup>18</sup> Plazo máximo de 45 días hábiles para que el tribunal arbitral emita el laudo, computados desde que se admite la petición de arbitraje; excepcionalmente, se puede ampliar el plazo por el mismo periodo cuando la complejidad del caso o la necesidad de actuar medios probatorios adicionales lo justifique (artículo 38.4. del Reglamento).

<sup>19</sup> Artículo 35 del Reglamento.

<sup>20</sup> Al respecto, Espinoza Lozada sostiene: «Las normas señaladas no presentan contradicción alguna entre sí ni enervan el carácter vinculante del laudo arbitral en cuanto a las partes materia del arbitraje, sino que más bien evidencian la existencia de los distintos intereses que son tutelados en el arbitraje de consumo y en los procedimientos administrativos iniciados en defensa del “interés colectivo” o del “interés público” de los consumidores», citado por MORALES, Alonso. «Arbitraje de consumo: retos en el sistema de protección al consumidor». En *Ius Et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Lima*, 2021, n.º 52, p. 326. Recuperado de <[https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius\\_et\\_Praxis/article/view/5007](https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/5007)>.

<sup>21</sup> Codeco

Artículo 115.- «Medidas correctivas reparadoras

[...]

Otra de las características especiales del Sistema de Arbitraje de Consumo es el referido al mecanismo de adhesión o afiliación por parte de los proveedores, el cual implica la oferta pública de sometimiento al mismo. Su plazo de vigencia mínima es de un año y en caso la solicitud no limite la adhesión, esta se entenderá por tiempo indefinido.<sup>22</sup> Los proveedores o las organizaciones empresariales que soliciten su adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo pueden pedir que dicha adhesión sea limitada solo para los siguientes supuestos: (i) cuando se requiera la adhesión para solucionar sus conflictos de consumo sobre determinados productos o servicios que el proveedor pone a disposición de los consumidores en el mercado; y/o (ii) cuando se requiera que en el arbitraje de consumo solo se analice la petición de indemnización por daño emergente y/o lucro cesante, pudiendo establecer un monto máximo por dichos conceptos, dejando a salvo el derecho del consumidor de acudir al Poder Judicial para solicitar una indemnización por daño a la persona y daño moral, de ser el caso (artículo 23.4. del Reglamento).

En el artículo 141 del Codeco se establece, como mecanismo de incentivo de carácter reputacional, que los proveedores que se adhieran queden autorizados para ostentar en su publicidad, vitrinas, papel membretado y otros medios de difusión un distintivo especialmente creado para que el público pueda identificarlos como parte del sistema de solución de conflictos.

Es importante mencionar que, para acceder a este mecanismo arbitral, no se requiere agotar una vía previa de mediación y/o conciliación ante el Indecopi ni ante el propio proveedor (por ejemplo, haber realizado un reclamo en el Libro de Reclamaciones, conforme al Codeco).

Finalmente, en cuanto a la gratuidad del arbitraje de consumo, la misma no solo está referida a que no se pagan tasas administrativas para el consumidor (ni tampoco para el proveedor), sino que involucra otros aspectos. En efecto, no se aplica condena al pago de costas y costos a ninguna de las partes<sup>23</sup> ni tampoco las partes deben asumir el pago de los árbitros ni se exige la defensa cautiva. Sobre este tema se suele indicar que busca desincentivar la interposición de demandas maliciosas con la finalidad de obtener, a través de la liquidación de costos, cobros adicionales (por ejemplo, costos legales que pueden ser excesivos o no acordes a la asesoría legal prestada). Al respecto, cabe anotar que existe la Directiva n.º 001-2015/TRI-INDECOPI, a través de la cual se establece el procedimiento para la liquidación de costas y costos ante los órganos resolutores del Indecopi, así como se han establecido diversos criterios para la determinación de costas y costos a través de resoluciones del Indecopi.<sup>24</sup>

#### 4. ALGUNAS CIFRAS

A continuación, presentamos y comentamos algunas cifras que demuestran que si bien se está avanzando en la aplicación del Sistema de Arbitraje de Consumo, a más de 10 años de su creación legal en el Perú, todavía se evidencia que hay un importante camino que recorrer a fin de que el mismo sea reconocido y se consolide en el mercado (tanto por proveedores como consumidores) como un mecanismo efectivo de solución de controversias.

115.7 Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractora y *no tienen naturaleza indemnizatoria*; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. No obstante, se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa» (el resaltado es del autor).

<sup>22</sup> Artículo 23.3. del Reglamento.

<sup>23</sup> Se deja a salvo, conforme al artículo 41.3. del Reglamento, «[...] que los gastos ocasionados por las pruebas practicadas durante el proceso son pagados en partes iguales por el demandante y el demandado, salvo que el tribunal arbitral determine lo contrario».

<sup>24</sup> Resolución 925-2015/SPC-INDECOPI: «84. En suma, en el marco de los procedimientos de liquidación de costos, derivados de los procedimientos de protección al consumidor, los órganos resolutores respectivos podrán recurrir a la figura del abuso de derecho para, excepcionalmente, denegar la solicitud de reembolso de costos que implique un ejercicio abusivo de dicho derecho, conforme al marco constitucional y legal desarrollado precedentemente. En estos supuestos, inclusive, la Comisión podrá remitir los actuados al respectivo colegio profesional o al Ministerio Público».

#### 4.1. Registro de Proveedores Afiliados

A la fecha, se encuentran inscritas 66 empresas en el Registro de Proveedores Adheridos al Sistema de Arbitraje de Consumo<sup>25</sup> según detalle siguiente: (i) industria y comercio: 12; (ii) inmobiliaria y construcción: 8; (iii) automotriz: 4; (iv) educación: 2; (v) seguros: 1; (vi) servicios: 3; turismo: 34; (viii) mensajería y transporte de carga: 2.

Si comparamos esa cifra con otros países donde se viene utilizando el arbitraje de consumo, encontramos que en España se encuentran adheridas por encima de 17 000 empresas (solo en Madrid), habiéndose creado y consolidado confianza en el empresariado respecto a dicho mecanismo para solucionar controversias con consumidores y, en particular, en el ámbito de prestación de servicios públicos (por ejemplo, empresas de telefonía).<sup>26</sup>

En el caso de Argentina, más de 180 empresas de diferentes sectores se encuentran adheridas al Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo - SNAC (entidades bancarias, clínicas, telefonía, entre otras).<sup>27</sup>

Si bien se ha incrementado el número de empresas adheridas, observamos lo siguiente para el caso del Perú:

- a) No existen empresas del sector bancario y de transportes de personas (terrestre y aéreo) adheridas al Sistema de Arbitraje de Consumo. Al respecto, de acuerdo al Ranking de Proveedores Sancionados del Indecopi (portal Mira a quien le compras),<sup>28</sup> durante el 2021 el sector bancario fue el más sancionado, seguido del sector transporte aéreo y en tercer lugar se ubica el sector construcción e inmobiliario.<sup>29</sup> Asimismo, de acuerdo al Ranking de Sectores Sancionados del Indecopi, en lo que va del ejercicio 2022 (del 1 de enero al 15 de abril del 2022), sigue liderando el *ranking* el sector bancario, seguido de transporte aéreo y en tercer lugar agencias de viajes y otros servicios (seguido muy de cerca por construcción e inmobiliarias).<sup>30</sup>
- b) A raíz de la pandemia por la COVID-19 se ha incrementado la venta de productos a través de comercio electrónico, lo cual se manifiesta como una tendencia a futuro respecto a la adquisición de productos por los consumidores. En tal sentido, durante el periodo del 2 de enero del 2020 al 26 de febrero del 2021, el Indecopi informó que se impusieron 910 multas a 332 proveedores comerciales por infracciones a la normativa de protección al consumidor, en especial en el ámbito del comercio electrónico. Las tiendas más sancionadas fueron, en ese orden: (1) la tienda de *retail* Saga Falabella; (2) Tiendas Peruanas (Oechsle); (3) Conecta Retail S. A. (Efe y la Curacao); (4) tienda *retail*/Ripley S. A.; (5) Supermercados Peruanos S. A. (Plaza Veá, Vivanda y otros).

<sup>25</sup> Fuente: INDECOPI. *Registro de Proveedores Adheridos al Arbitraje de Consumo*. Recuperado de <[https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/402080/Proveedores\\_ArbitrajeConsumo\\_21.03.2022/a88b4ec6-75b2-0002-99ec-0d3b8e0aed6b](https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/402080/Proveedores_ArbitrajeConsumo_21.03.2022/a88b4ec6-75b2-0002-99ec-0d3b8e0aed6b)>. Consulta: 11 de abril del 2022.

<sup>26</sup> INDECOPI. *1er Seminario Internacional de Arbitraje de Consumo: «¿Cómo impacta en nuestro país?» - 17/03/2022*. [Video de YouTube]. 17 de marzo del 2022. Recuperado de <<https://www.youtube.com/watch?v=GkbGTJFw7K0>>.

<sup>27</sup> PRESIDENCIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA). *Unidad Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo*. Recuperado de <[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/empresas\\_adheridas\\_snac\\_1.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/empresas_adheridas_snac_1.pdf)>.

<sup>28</sup> INDECOPI. *Mira a quién le compras*. Recuperado de <<https://enlinea.indecopi.gob.pe/miraquienlecompras/#/ranking-proveedor-sancionado>>.

<sup>29</sup> PÉREZ BARTRA, Silvia. «Inmobiliarios desplazan a aerolíneas y ya ocupan el segundo lugar de empresa más sancionadas, según Indecopi». En *Gestión*, 18 de marzo del 2022. Recuperado de <[gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/inmobiliarios-desplazan-a-aerolineas-y-ya-ocupan-el-segundo-lugar-de-empresa-mas-sancionadas-segun-indecopi-noticia/#:~:text=De%20acuerdo%20al%20portal%20Mira,e%20inmobiliarios%20\(342%20sanciones](https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/inmobiliarios-desplazan-a-aerolineas-y-ya-ocupan-el-segundo-lugar-de-empresa-mas-sancionadas-segun-indecopi-noticia/#:~:text=De%20acuerdo%20al%20portal%20Mira,e%20inmobiliarios%20(342%20sanciones)>.

<sup>30</sup> INDECOPI. *Ranking de sectores sancionados*. Recuperado de <<https://enlinea.indecopi.gob.pe/miraquienlecompras/#/ranking-sector>>.

De acuerdo a estadísticas del Indecopi, las infracciones más reportadas en relación con el comercio electrónico se deben a la no entrega de productos, no reembolso de dinero, deficiencias en la entrega de productos, cancelaciones por falta de *stock* y fallas en los productos.<sup>31</sup>

Sin embargo, ninguna de dichas empresas se encuentra adherida al Sistema de Arbitraje de Consumo.

#### 4.2. *Solicitudes arbitrales vs. reclamos/denuncias en el Indecopi*

En el transcurso de la última década se ha incrementado el número de solicitudes de arbitraje de consumo. Así, se ha pasado de 9 solicitudes arbitrales en el 2016; 74 en el 2018 y 138 en el 2019 a 1045 en el 2020 (Morales, 2021, p. 333).<sup>32</sup> De otro lado, de acuerdo al Indecopi, durante el 2021 se procesaron 2814 solicitudes de arbitraje de consumo; de dicha cifra, se iniciaron 164 procesos arbitrales y se emitieron 120 laudos.<sup>33</sup>

A pesar de lo anterior, aún dichas cifras no resultan significativas si se comparan con las denuncias presentadas en la vía administrativa por los consumidores ante el Indecopi. A manera de ejemplo, presentamos lo siguiente:

- a) A 72 días del Estado de Emergencia Nacional (2020) como consecuencia de la pandemia de la COVID-19, el Indecopi reportó que había recibido 1027 reclamos y reportes derivados de operaciones de comercio electrónico a nivel nacional, siendo las empresas más reclamadas las del sector supermercados, farmacias, tiendas por departamento, entre otros. Las infracciones al Codeco más recurrentes durante dicho periodo estuvieron referidas a no entrega del producto, productos defectuosos o incompletos, no atención del cambio de producto, no reembolso del dinero pagado, cancelación o anulación sin previo aviso.<sup>34</sup>
- b) De acuerdo al Reporte de Estadísticas Institucionales del Indecopi (IV Trimestre 2021),<sup>35</sup> en el año 2020 se presentaron 12 970 denuncias; y en el año 2021, 18 597 denuncias ante los Órganos Resolutivos de Procedimientos Sumarísimos (OPS) a nivel nacional, habiéndose concluido en el 2021 un total de 18 301 expedientes originados en denuncias y tipo de conclusión: (i) por infracción a las normas sobre protección al consumidor (28,45 %); y, (ii) por archivamiento del procedimiento (24,97 %).<sup>36-37</sup> A nivel de la Comisión de Protección al Consumidor (CPC), en el 2020 se iniciaron 5240 expedientes por denuncia y en el 2021 la cifra aumentó a 7855, habiendo concluido un total de 7065 procedimientos de denuncia en dicho año, de los cuales un 31,9 % fue infundado y el 26,08 %, fundado (año 2021).
- c) Otras cifras interesantes de considerar son las vinculadas al Servicio de Atención al Ciudadano (SAC), el cual atiende reclamos de consumidores.<sup>38</sup> En el 2021 se presentaron 110 816

<sup>31</sup> REDACCIÓN EL PERUANO. *Estas son las tiendas más sancionadas por Indecopi en el 2020*. 23 de marzo del 2021. Recuperado de <<https://elperuano.pe/noticia/117506-estas-son-las-tiendas-mas-sancionadas-por-indecopi-en-el-2020>>.

<sup>32</sup> Cifras presentadas por MORALES, Alonso. *Op. cit.*, de acuerdo, a su vez, a mediciones y gráficos elaborados por la Junta Arbitral de Consumo Piloto del Indecopi. Extraído de la presentación en PowerPoint utilizada por la Dirección de Arbitraje de Consumo del Indecopi en las conferencias de difusión del Sistema de Arbitraje de Consumo.

<sup>33</sup> ANDINA. *Indecopi: se procesaron 2,814 solicitudes de arbitraje en el 2021*. Recuperado de <<https://andina.pe/agencia/noticia-indecopi-se-procesaron-2814-solicitudes-arbitraje-el-2021-885129.aspx>>.

<sup>34</sup> INDECOPI. *Nota de prensa: El Indecopi recibió 1027 reclamos y reportes relacionados al comercio electrónico a nivel nacional*. Recuperado de <<https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-recibio-1027-reclamos-y-reportes-relacionados-al-comercio-electronico-a-nivel-nacional>>.

<sup>35</sup> INDECOPI. *Reportes estadísticos trimestrales*. Recuperado de <<https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2190451-reportes-estadisticos-trimestrales>>.

<sup>36</sup> Incluye infracciones parciales a las normas de protección al consumidor.

<sup>37</sup> La mayoría proviene de la sede central (Lima), tanto a nivel de la OPS como de la CPC.

<sup>38</sup> «Si un consumidor considera que sus derechos se han vulnerado, cuenta con dos vías para hacerlos respetar y solucionar su reclamo. El primer camino consiste en emplear el servicio de atención gratuita de reclamos, a cargo del Servicio de Atención al Ciudadano (SAC). Mediante este procedimiento, el consumidor y el proveedor pueden llegar a un acuerdo conciliatorio, vinculante y definitivo,

reclamos ante el SAC a nivel nacional, de los cuales 76 433 corresponden a Lima y Callao<sup>39</sup> (esto es, más del 50 % del total de reclamos), correspondiendo el primer lugar por sectores al financiero, seguido de telecomunicaciones y, en tercer lugar, transporte por vía aérea (a nivel de presentados en el año 2021).<sup>40</sup>

## 5. REFLEXIONES, LUEGO DE DIEZ AÑOS DE CREACIÓN DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

La posibilidad de que en el arbitraje de consumo se pueda reconocer indemnizaciones de daños y perjuicios no suele ser un incentivo para su adhesión por parte de los proveedores, sin perjuicio de que el consumidor debe acreditar los daños.<sup>41</sup> No obstante lo anterior, se debe considerar que la afiliación a este sistema puede ser limitada por parte de los proveedores en cuanto a un monto máximo de indemnización.<sup>42</sup> Esto es, se da un supuesto especial en el cual la reparación es previamente delimitada por el propio originador del hecho causante del daño (proveedor) y, además, el proveedor se evita la imposición de una multa que puede ser de montos mucho más elevados y que, adicionalmente, conlleva su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.<sup>43-44</sup> En el caso de España, las empresas adheridas usualmente establecen como tope de indemnizaciones la suma de 3000 euros; otra limitación en dicho país es respecto a la antigüedad para realizar reclamos de facturas (siendo lo usual el plazo de un año).<sup>45</sup>

De parte del consumidor, ello puede tener una doble perspectiva: (i) por un lado, no generar un incentivo adecuado a su expectativa de reparación indemnizatoria, en cuanto se establece un tope por el propio proveedor (que puede ser muy bajo) y, de este modo, no lograr una reparación integral; (ii) pero, de otro lado, también le permite al consumidor lograr una solución rápida y definitiva a un problema con un proveedor y obtener una compensación económica adicional (indemnización) a una medida correctiva reparadora (reparación o cambio de productos, cumplir con ejecutar las prestaciones asumidas, entre otras que establece el Codeco), propia del procedimiento administrativo y así evitar un largo proceso en el Poder Judicial o un proceso que podría ser muy oneroso en un arbitraje comercial (de haber sido pactado este por las partes).

Por tanto, se debe generar los incentivos adecuados tanto a nivel del sector empresarial (proveedores) como de los consumidores —en especial a partir de los gremios que los representan y/o asociaciones de consumidores— para, en primer lugar, identificar la existencia y potencialidades de este sistema y, a partir de ello, reconocerlo y asimilarlo como una alternativa eficiente y efectiva de solución de controversias en lo que se refiere a relaciones de consumo.

---

de forma sencilla y rápida. Una segunda opción es iniciar, ante el Órgano Resolutivo de Procedimientos Sumarísimos o la Comisión de Protección al Consumidor (CPC), según corresponda, el procedimiento formal de denuncia por presuntas infracciones a las normas de protección al consumidor» INDECOPI. *Alternativas*. Recuperado de <<https://indecopi.gob.pe/web/atencion-al-ciudadano/alternativas>>.

<sup>39</sup> Contiene reclamos presentados en la Sede Central, Sede Lima Norte y las Oficinas Locales del Indecopi (OLJ), ubicadas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, Gamarra, Congreso de la República y en los módulos del Indecopi ubicados en Macmype Lima Norte, Macmype Lima Este, Macmype Callao y Macmype Ventanilla. INDECOPI. *Reporte de Estadísticas Institucionales 2021 (IV Trimestre 2021)*. Año 22, número 187. 2022. Recuperado de <<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2228164/IV%20trim%2021.pdf.pdf?>>).

<sup>40</sup> INDECOPI. *Reporte de Estadísticas Institucionales 2021 (IV Trimestre 2021)*. Op. cit.

<sup>41</sup> De este modo, en la solicitud para inicio del proceso arbitral de consumo, en el rubro «Petitorio», si el consumidor solicita indemnización de daños y perjuicios, se indica expresamente que «se debe adjuntar los documentos que acrediten el daño». AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. *Presenta tu solicitud*. Recuperado de <[https://www.consumidor.gob.pe/presenta\\_solicitud](https://www.consumidor.gob.pe/presenta_solicitud)>.

<sup>42</sup> Si bien no existe un monto mínimo, se reconoce, por parte del Indecopi, que dichos topes deben ser razonables.

<sup>43</sup> Artículo 119 del Codeco. Búsqueda empresas sancionadas: INDECOPI. *Mira a quién le compras*. Op. cit.

<sup>44</sup> Codeco

Artículo 110.- «Sanciones administrativas.

El órgano resolutivo puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera:

Infracciones leves, con una amonestación o con una multa de hasta cincuenta (50) UIT.

Infracciones graves, con una multa de hasta ciento cincuenta (150) UIT.

Infracciones muy graves, con una multa de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT. [...]».

<sup>45</sup> INDECOPI. *1er Seminario Internacional de Arbitraje de Consumo: «¿Cómo impacta en nuestro país?»* - 17/03/2022. Op. cit.

Es interesante comentar que en Argentina si el proveedor reclamado no se encuentra adherido a la oferta pública de adhesión al Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC) o la petición excede el compromiso del proveedor adherido, si el proveedor rechazara la solicitud o no suscribiera el compromiso arbitral en el plazo establecido, se procede a dar por finalizada la instancia arbitral, remitiendo de oficio las actuaciones a la autoridad administrativa de protección al consumidor de Argentina.<sup>46</sup> En el caso del Perú, si transcurrido el plazo legal correspondiente, el proveedor (no afiliado al Sistema) no ha aceptado el arbitraje de consumo, el secretario técnico de la junta arbitral de consumo rechaza la solicitud y ordena su archivamiento, notificando únicamente al consumidor demandante,<sup>47</sup> por tanto ya es facultad del consumidor acudir o no a la vía del procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, una de las alternativas que se conversó en el reciente Seminario Internacional de Arbitraje de Consumo (virtual), organizado por el Indecopi en marzo del 2022,<sup>48</sup> a fin de que no se vea frustrado el interés del consumidor, fue la posibilidad de habilitar en el formato de la solicitud arbitral una opción para que, a pedido del propio consumidor (no de oficio), en caso el proveedor no acepte el arbitraje de consumo, dicha solicitud se pueda canalizar hacia un procedimiento administrativo sancionador; ya que dicha alternativa no implicaría una modificación legal a las actuales normas sobre arbitraje de consumo.

De otra parte, el Indecopi cuenta con un buscador de resoluciones a través de su web institucional,<sup>49</sup> el cual incluye una sección de “Laudos” emitidos a partir del año 2017 en procesos de arbitraje de consumo.<sup>50</sup> Ello permite conocer el alcance y sentido de los fundamentos (de hecho y de derecho) en diversos procesos de este tipo, contribuyendo a la difusión y predictibilidad de este sistema, en beneficio tanto de consumidores como de proveedores.

Igualmente, el acceso a este proceso se puede realizar de manera ágil y sencilla a través de un formato disponible en línea a completar por el consumidor<sup>51</sup> y que se puede enviar al correo electrónico creado al efecto por el Indecopi,<sup>52</sup> a través de su mesa de partes virtual o de manera presencial en cualquiera de sus sedes u oficinas a nivel nacional.<sup>53</sup>

## 6. CONCLUSIONES

Las cifras expuestas en el presente artículo demuestran que pese a las ventajas generales asociadas al Sistema de Arbitraje de Consumo (gratuidad, celeridad, sencillez, especialidad, posibilidad de obtener indemnizaciones por parte de los consumidores y que, al mismo tiempo, puedan ser limitados los proveedores, resolución definitiva y en instancia única a las controversias derivadas de relaciones de consumo), este no es identificado ni reconocido como un mecanismo efectivo para la solución de controversias. De otro lado, existe la percepción en el mercado (e inclusive en el propio consumidor) que el Derecho del Consumo y, en concreto, la autoridad administrativa del Indecopi en esta materia tiene un carácter únicamente sancionador y que, por tanto, se agota en la imposición de medidas reparadoras (no existiendo posibilidad de indemnización por daños y perjuicios) y sanciones administrativas (multas) respecto del proveedor.

Parte de dicha problemática se origina por el desconocimiento —que tiene, a su vez, sus orígenes en falta de difusión (si bien debemos reconocer los esfuerzos que viene realizando el Indecopi en

<sup>46</sup> Artículo 26 de la Resolución 65/2018 del Ministerio de Producción y Trabajo, Secretaría de Comercio de Argentina. MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO. SECRETARÍA DE COMERCIO (ARGENTINA). «Resolución 65/2018. RESOL-2018-65-APN-SECC#MPYT». En *InfoLEG*. Recuperado de <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/315023/norma.htm>>.

<sup>47</sup> Artículo 31.3. del Reglamento.

<sup>48</sup> INDECOPÍ. *1er Seminario Internacional de Arbitraje de Consumo: «¿Cómo impacta en nuestro país?»* - 17/03/2022. Op. cit.

<sup>49</sup> <<https://servicio.indecopi.gob.pe/busadorResoluciones/>>.

<sup>50</sup> No se muestra la identidad de las partes.

<sup>51</sup> Incluye expresamente la opción de designar árbitro del Registro de Árbitros del Indecopi.

<sup>52</sup> <[arbitrajeconsumo@indecopi.gob.pe](mailto:arbitrajeconsumo@indecopi.gob.pe)>.

<sup>53</sup> <[https://www.consumidor.gob.pe/presenta\\_solicitud](https://www.consumidor.gob.pe/presenta_solicitud)>.



este sentido)—<sup>54</sup> del arbitraje de consumo como un mecanismo eficiente y efectivo de solución de controversias, tanto para el proveedor como para el consumidor, buscando armonizar el carácter tuitivo propio del Codeco (Principio Pro Consumidor) junto con la necesidad de lograr y consolidar procedimientos celeres y de carácter definitivo que resuelvan los conflictos entre dichas partes. Tales dificultades también fueron analizadas en el caso de España en el reciente seminario (virtual) internacional organizado por el Indecopi en marzo del 2022,<sup>55</sup> comentándose el proceso llevado a cabo en dicho país para, de un lado, capturar el interés del empresariado y, al mismo tiempo, generar los incentivos en el propio consumidor.

En tal sentido, una interesante ventana de oportunidad lo constituye el sector de la micro y pequeña empresa y/o para conflictos de consumo respecto a temas cotidianos y/o de menor cuantía. Igualmente, la cada vez más creciente demanda de compra de productos a través del comercio electrónico, encuentra en el arbitraje de consumo un mecanismo de atención eficiente a sus reclamos, en la medida que el consumidor lo que busca, muchas veces, es la solución efectiva y rápida a un problema determinado, más que la imposición de una sanción administrativa (multa) al proveedor. Al mismo tiempo, con ello se lograría descongestionar las áreas vinculadas a procedimientos administrativos sancionadores ante el propio Indecopi, canalizando, a través de vías alternativas, los requerimientos de los consumidores.

En definitiva, se requiere dar el salto cualitativo del Sistema de Arbitraje de Consumo, de una institucionalidad formal (dada por la construcción de un marco jurídico que se ha mejorado y actualizado a través del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 103-2019-PCM) a un régimen que sea identificado y asimilado por proveedores y consumidores, como parte de las alternativas de solución a problemas y/o controversias que deriven del quehacer mercantil en el marco de relaciones de consumo.

## 7. REFERENCIAS

ALTAMIRANO, Katherine. «El arbitraje de consumo como una alternativa eficiente en tiempos de COVID-19». En *Enfoque Derecho*, 3 de febrero de 2021. Recuperado de <<https://www.enfoquederecho.com/2021/02/03/el-arbitraje-de-consumo-como-una-alternativa-eficiente-en-tiempos-de-covid-19/>>.

ANDINA. *Indecopi: se procesaron 2,814 solicitudes de arbitraje en el 2021*. Recuperado de <<https://andina.pe/agencia/noticia-indecopi-se-procesaron-2814-solicitudes-arbitraje-el-2021-885129.aspx>>.

AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. *Presenta tu solicitud*. Recuperado de <[https://www.consumidor.gob.pe/presenta\\_solicitud](https://www.consumidor.gob.pe/presenta_solicitud)>.

AUTORIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. *Tribunales arbitrales*. Recuperado de <<https://www.consumidor.gob.pe/tribunales-arbitrales>>.

INDECOPI. *Alternativas*. Recuperado de <<https://indecopi.gob.pe/web/atencion-al-ciudadano/alternativas>>.

INDECOPI. *Guía Práctica sobre Arbitraje de Consumo*. 2019. Recuperado de <[https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/402080/Guia\\_Arbitraje-Consumo\\_Nov\\_2020/7253ed1f-0311-4d2f-78b6-318ff4d054b3](https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/402080/Guia_Arbitraje-Consumo_Nov_2020/7253ed1f-0311-4d2f-78b6-318ff4d054b3)>.

<sup>54</sup> A raíz de la elaboración de este artículo se pudo ubicar diferentes eventos realizados por el Indecopi para difundir este sistema (se puede acceder a través de YouTube). El último de dichos eventos —citado varias veces en este artículo— es el reciente *1er Seminario Internacional de Arbitraje de Consumo: «¿Cómo impacta en nuestro país?»*.

<sup>55</sup> INDECOPI. *1er Seminario Internacional de Arbitraje de Consumo: «¿Cómo impacta en nuestro país?»* - 17/03/2022. Op. cit.



INDECOPI. *Mira a quién le compras*. Recuperado de  
<<https://enlinea.indecopi.gob.pe/miraaquienlecompras/#/ranking-proveedor-sancionado>>.

INDECOPI. *Nota de prensa: El Indecopi recibió 1027 reclamos y reportes relacionados al comercio electrónico a nivel nacional*. Recuperado de <<https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-recibio-1027-reclamos-y-reportes-relacionados-al-comercio-electronico-a-nivel-nacional>>.

INDECOPI. *Ranking de sectores sancionados*. Recuperado de  
<<https://enlinea.indecopi.gob.pe/miraaquienlecompras/#/ranking-sector>>.

INDECOPI. *Registro de Proveedores Adheridos al Arbitraje de Consumo*. Recuperado de  
<[https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/402080/Proveedores\\_ArbitrajeConsumo\\_21.03.2022/a88b4ec6-75b2-0002-99ec-0d3b8e0aed6b](https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/402080/Proveedores_ArbitrajeConsumo_21.03.2022/a88b4ec6-75b2-0002-99ec-0d3b8e0aed6b)>.

INDECOPI. *Registro Único de Árbitros*. Recuperado de  
<[https://www.consumidor.gob.pe/documents/127561/7559696/Registro\\_Unico\\_Arbitros\\_Nov\\_2021.pdf/0c38b8c9-a402-c891-7c8b-9c29bb182917](https://www.consumidor.gob.pe/documents/127561/7559696/Registro_Unico_Arbitros_Nov_2021.pdf/0c38b8c9-a402-c891-7c8b-9c29bb182917)>.

INDECOPI. *Reporte de Estadísticas Institucionales 2021 (IV Trimestre 2021)*. Año 22, número 187. 2022. Recuperado de  
<<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2228164/IV%20trim%2021.pdf.pdf>>.

INDECOPI. *Reportes estadísticos trimestrales*. Recuperado de  
<<https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2190451-reportes-estadisticos-trimestrales>>.

INDECOPI. *1er Seminario Internacional de Arbitraje de Consumo: «¿Cómo impacta en nuestro país?» - 17/03/2022*. [Video de YouTube]. 17 de marzo del 2022. Recuperado de  
<<https://www.youtube.com/watch?v=GkbGTJFw7K0>>.

INDECOPI. *Webinar: Mitos y verdades sobre el Sistema de Arbitraje de Consumo*. [Video de YouTube]. 26 de junio 2020. Recuperado de <[https://www.youtube.com/watch?v=wjL78SRW\\_QY](https://www.youtube.com/watch?v=wjL78SRW_QY)>.

MERCADO & COMPETENCIA. *Entrevista «¿Por qué no funciona el arbitraje de consumo en el Perú?»/Omar Damían*. 2020. [Video de YouTube]. Recuperado de  
<<https://www.youtube.com/watch?v=QNnigNZvGeo>>.

MINISTERIO DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO. SECRETARÍA DE COMERCIO (ARGENTINA). «Resolución 65/2018. RESOL-2018-65-APN-SECC#MPYT». En *InfoLEG*. Recuperado de  
<<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/315023/norma.htm>>.

MORALES, Alonso. «Arbitraje de consumo: retos en el sistema de protección al consumidor». En *Ius Et Praxis. Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Lima*, 2021, n.º 52, pp. 311-338. Recuperado de  
<[https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius\\_et\\_Praxis/article/view/5007](https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/5007)>.

PÉREZ BARTRA, Silvia. «Inmobiliarios desplazan a aerolíneas y ya ocupan el segundo lugar de empresa más sancionadas, según Indecopi». En *Gestión*, 18 de marzo del 2022. Recuperado de <[gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/inmobiliarios-desplazan-a-aerolineas-y-ya-ocupan-el-segundo-lugar-de-empresa-mas-sancionadas-segun-indecopi-noticia/#:~:text=De%20acuerdo%20al%20portal%20Mira,e%20inmobiliarios%20\(342%20sancion](https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/inmobiliarios-desplazan-a-aerolineas-y-ya-ocupan-el-segundo-lugar-de-empresa-mas-sancionadas-segun-indecopi-noticia/#:~:text=De%20acuerdo%20al%20portal%20Mira,e%20inmobiliarios%20(342%20sancion)>.

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA). *Unidad Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo*. Recuperado de  
<[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/empresas\\_adheridas\\_snac\\_1.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/empresas_adheridas_snac_1.pdf)>.

REDACCIÓN EL PERUANO. *Estas son las tiendas más sancionadas por Indecopi en el 2020*. 23 de marzo del 2021. Recuperado de <<https://elperuano.pe/noticia/117506-estas-son-las-tiendas-mas-sancionadas-por-indecopi-en-el-2020>>.

# LA APLICACIÓN DE PENALIDADES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

*Álvaro Prialé Torres\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Alcance conceptual.— 3. Funcionalidad y mutabilidad de la penalidad.— 4. Funcionalidad económica.— 5. Penalidades en la ejecución de contratos públicos.— 6. Criterios para aplicación de penalidades.— 6.1. Penalidades por mora.— 6.2. Sobre las «otras penalidades».— 7. Conclusión.— 8. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

La cláusula penal (también conocida como penalidad) es una figura que el derecho contractual peruano ha regulado en el Código Civil, como en la legislación en materia de contratación pública (para este artículo nos referimos al TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento<sup>1</sup> vigentes a la fecha de la presente publicación). En la práctica, surge como una solución para los participantes en un contrato que buscan evitar tediosos trámites para corroborar daños y perjuicios, así como largas litigaciones sobre los montos indemnizatorios a pagar por el incumplimiento en los cuales no existe certeza sobre su resultado y, por lo tanto, tampoco predictibilidad. Del mismo modo, la doctrina comparada y nacional ha otorgado un largo tratamiento a la figura, con variaciones y cambios en las diferentes legislaciones al punto de haber llegado a formularse diferentes modelos sobre su aplicación.

Sin embargo, la liberalidad de la contratación en particulares para determinar la inclusión de un acuerdo de penalidad en su relación contractual pasa a ser de obligatoria estipulación en la contratación pública por el interés público a salvaguardar, pero debe tenerse especial atención a que ello ocurra sin atentar contra la eficiencia ni su finalidad, que no es otra que mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. Por esta razón, los principios que rigen las contrataciones de conformidad con el artículo segundo del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado incluyen al principio de eficacia y eficiencia mencionando: «El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tenga una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos». Adicionalmente, el mencionado cuerpo legal también incorpora el principio de equidad señalando: «Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al estado en la gestión del interés general».

Consecuentemente, la incorporación de una cláusula penal en la contratación pública deberá entenderse y aplicarse siempre dentro de este marco conceptual principal, es decir, buscando que el contrato se celebre y ejecute en forma eficiente y equitativa. En contrario, si las penalidades no se configuran así pueden llegar a ser no solo ineficientes e inequitativas, sino incluso alterar la máxima finalidad de la contratación pública que, reiteramos, es mejorar la vida de todas las personas, lo que debe ocurrir a la brevedad posible y con la calidad necesaria.

En consecuencia, la inclusión y aplicación de las penalidades en la contratación pública no pueden contradecir su propia finalidad, encontrando en la actuación de la autoridad administrativa en

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gerente general de Prialé Abogados.

<sup>1</sup> Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo n.º 082-2019-EF. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 344-2018-EF.

materia de contratación estatal (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en etapas del concurso público donde se pueden consultar u observar las bases propuestas) y en la jurisdicción arbitral la posibilidad de establecer mejores criterios para su utilización. Por razones concierne al tiempo y posibilidades de actuación de las partes para proponer y analizar o estudiar cada caso en concreto consideramos que en el arbitraje se brindan mejores condiciones para generar con mayor acuciosidad las pautas sobre el particular.

## 2. ALCANCE CONCEPTUAL

Dentro de la doctrina nacional, Osterling Parodi y Castillo Freyre (2013) definen la cláusula penal como «la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento», así como «un pacto anticipado de indemnización», p. 10). Asimismo, Juan Espinoza (1981) se adhiere a la siguiente definición que realiza Kemelmajer de Carlucci:

[...] un negocio jurídico, o una convención o estipulación accesoria, por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente. (p. 17)

Por su parte, Soto Coaguila recopila diferentes definiciones de la cláusula penal en la doctrina internacional. Empezando por la doctrina alemana, Ennecerus (1954) la define como «una prestación generalmente de carácter pecuniario, que el deudor promete como pena al acreedor para el caso de que no cumpla su obligación o no la cumpla del modo pertinente» (p. 187). Mientras que Messineo (1986), respecto al Código Civil italiano, define a la cláusula penal de la siguiente forma:

La cláusula penal es una promesa accesoria de un contratante, aceptada por la contraparte, que importa la obligación de efectuar una prestación determinada a título de pena (o multa) para el caso de incumplimiento injustificado de la obligación que nace del contrato. (p. 218)

Asimismo, Josserand (1950) en Francia dice que es «aquella por la cual las partes se fijan de antemano la suma que tendrá que pagar el deudor si no ejecuta su obligación o la ejecuta tardíamente» (p. 518). Del mismo modo, en España, Díez-Picazo (1996) afirma que lo que vendría a ser «pena convencional» sería «aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal» (p. 518).

En lo que respecta a la legislación civil peruana, el artículo 1341 del Código Civil trata a la cláusula penal de la siguiente manera:

### Cláusula penal compensatoria

Artículo 1341.- «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores».

Asimismo, desde el artículo 1342 hasta el artículo 1345 se encuentran regulados diferentes elementos que la legislación ha establecido. Para empezar, el artículo 1342 establece que en los casos de mora en seguridad de un pacto determinado es exigible, además del pago de la penalidad, el cumplimiento de la prestación. Asimismo, el siguiente artículo estipula que los daños y perjuicios no tienen que ser probados por parte del acreedor, aunque el pago de la penalidad solo podrá ser exigido siempre y cuando el incumplimiento de la obligación fuera por una causa imputable al deudor. Finalmente, los artículos 1344 y 1345 afirman que la cláusula penal puede ser estipulada por acto posterior a la obligación o conjuntamente a esta, así como esta es de carácter accesorio en cuanto su nulidad no implica la nulidad de la obligación.

En ese sentido, podemos sintetizar que el Código Civil define a la cláusula penal como el pacto de dos o más partes de una estipulación accesoria que fija una penalidad en el caso de incumplimiento o cumplimiento tardío o defectuoso por causa imputable al deudor por el cual el acreedor quedará librado de probar daños y perjuicios una vez que se constituya el incumplimiento.

### 3. FUNCIONALIDAD Y MUTABILIDAD DE LA PENALIDAD

Sobre la funcionalidad de la cláusula penal existen diferentes posicionamientos. Soto Coaguila (2016, p. 459) sostiene que en la doctrina se han estipulado hasta cuatro diferentes funciones de la cláusula penal: (i) punitiva o compulsiva; (ii) indemnizatoria o resarcitoria; (iii) resolutoria; y, (iv) preventiva o disuasiva. En ese orden de ideas, el autor rechaza la función indemnizatoria en virtud de que no siempre el incumplimiento conlleva un daño específico en contra del acreedor, por tal razón sostiene que la principal función que tiene la cláusula penal es la de ser un medio disuasivo para impedir el incumplimiento.

Es importante señalar ello porque a partir de tal afirmación el autor deduce que carece de sentido lo que vendría a conocerse como la alterabilidad de la cláusula penal, que en el Código Civil se contempla en el artículo 1436 de la siguiente manera:

Reducción judicial de la pena

Artículo 1346.- «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida».

Su oposición a este artículo radica en que si el objetivo es disuadir o prevenir el incumplimiento, entonces no deberían ponerse límites a penalidades más severas que generen mayores perjuicios al deudor incumplidor. Debe mencionarse que este es un razonamiento que obedece a una lógica en la cual mientras mayor sea la sanción, menor será la infracción o, en términos económicos, mientras mayor sea el monto a pagar por penalidad, menor será el incumplimiento. Más allá de la veracidad de la premisa de la que parte este posicionamiento, debe decirse que, mayoritariamente, tanto en la doctrina como en la legislación comparada, esta ha sido dejada atrás.

El Código Civil alemán (BGB) en su artículo 343 establece la posibilidad de que un juez, a pedido del deudor, reduzca la penalidad pactada si es que se le considera desproporcionada. A este modelo que la doctrina ha catalogado como inmutabilidad relativa, se le suman el Código Civil suizo y el *Codice Civile* de 1942, los cuales, en palabras de Moreno Rodríguez-Alcalá, responden a parámetros de equidad para la intervención del juzgador. Tales parámetros no habrían sido aplicados a otros códigos que también contemplan la inmutabilidad relativa, pero en estos casos sobre una especie de baremo, es decir, permiten su reducción o aumento dentro de los márgenes que establece la ley. Ese sería el caso, por ejemplo, del Código Civil brasileño.

Los países, en cambio, que desde un inicio tomaron la postura de inmutabilidad absoluta fueron modificando su posicionamiento a partir de lo que señala Moreno Rodríguez-Alcalá (2016):

La posición que fue tildándose de una inmutabilidad absoluta hacia una relativa respondió, sin duda, a los embates que sufrió la concepción puramente voluntarista de la obligación contractual, hija del decimonónico. Como el contrato mismo era equiparado con la voluntad de las partes, parecía absurdo —*rectius imposible*— que un juez pudiera reducir una cláusula penal voluntariamente fijada por las partes. Pero el abandono o matización de esa posición hizo posible que se aceptara la reducción razonable de las cláusulas penales cuando las mismas resultaban ser exageradas. Por ello, en países en donde se adoptó la inmutabilidad absoluta no era difícil encontrar que la jurisprudencia se escapara del texto legal en búsqueda de soluciones más equitativas, invocando todo tipo de ideas o principios en su defensa. Lo que ocurrió fue que luego del trabajo de la jurisprudencia, el legislador tomó cartas en el asunto e introdujo reformas que permitían la mutación o reducción de la cláusula penal. (p. 486)

Volviendo al plano de la funcionalidad de las cláusulas penales, se ha observado que en algunos casos sí podría configurarse la funcionalidad resolutoria. En palabras de Osterling Parodi y Castillo Freyre (2013), esta funcionalidad consistiría en lo siguiente:

La cláusula penal compensatoria tiene por finalidad sustituir la prestación incumplida. En tal sentido, si el acreedor perjudicado decidiera ejecutar la penalidad pactada, es evidente que ya no podría subsistir la obligación principal; o, dicho en otras palabras, el deudor no podría continuar obligado a cumplir la prestación principal.

Dentro de tal orden de ideas, si en los hechos ese deudor ya no está obligado a cumplir con la prestación principal, tal situación configuraría un caso muy similar al de la resolución de los contratos, pues la resolución tiene por finalidad dejar sin efecto un contrato por la existencia de un vicio sobreveniente al tiempo de su celebración. En este caso, análogamente, dicho vicio se configuraría por el incumplimiento de la obligación principal del deudor. (p. 15)

Sin embargo, debe acotarse que los mismos autores sostienen que no siempre es el caso, pues en las penalidades por mora, donde además de ser exigible el pago de la penalidad, también lo es el de la obligación, no podría hablarse de una resolución contractual, ni mucho menos.

Por otro lado, se puede ver cómo desde el *common law* se ha tratado esta figura a partir de la funcionalidad resarcitoria. En ese sentido, los jueces ingleses han llegado incluso a denominar de manera distinta a aquellas cláusulas punitivas, o abusivas, con aquellas que serían lo que se conoce en el resto de legislaciones como cláusula penal, que son las que entienden como aquellas que anticipan los daños y perjuicios al acreedor. Tal diferenciación es extremadamente relevante en virtud de que las primeras, denominadas *penalty clauses*, equivaldrían a estar prohibidas por la ley, mientras que las segundas, llamadas *liquidated damages*, sí vendrían a ser válidas.

En ese sentido, Moreno Rodríguez-Alcalá recoge los principios que la House of Lords estableció para el diagnóstico de *penalty clauses* a partir del caso *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. vs. New Garage & Motor Co. Ltd.*, el *leading case* más citado por la doctrina:

- 1) El nombre que utilicen las partes para denominar a la cláusula es indiferente a la naturaleza de esta. En otras palabras, si una cláusula lleva el nombre de *liquidated damages* no necesariamente va a estar exenta de revisión judicial por abusiva o excesiva.
- 2) «La esencia de una *penalty* es el pago de una suma de dinero estipulada *in terrorem*; la esencia de una *liquidated damages* es que se trata de una verdadera preestimación de los daños».
- 3) Para diferenciar entre una y otra figura es necesario realizar una «interpretación de acuerdo al caso concreto, las partes y los hechos», lo que vendría a entenderse en el derecho inglés como una *construction* que deberá realizarse en el momento en que se celebra el contrato.

Asimismo, el autor resalta que la House of Lords estableció un sistema para la realización de la *construction* que consiste en un test de cuatro pasos para determinar si se trata de una *penalty* o una penalidad abusiva:

- 1) Que la suma acordada como penalidad sea ofensiva para la conciencia del tribunal si es que se la compara con la máxima pérdida que pudiese ser probada a partir del incumplimiento.
- 2) Que en el caso de las obligaciones de dar sumas dinerarias los montos sean superiores a los que debían pagarse inicialmente.
- 3) Existe una presunción de *penalty* siempre que el monto total (*lump sum*) sea establecido para la ocurrencia de uno o más eventos de incumplimientos.

- 4) Que no sea casi imposible realizar una preestimación precisa de las consecuencias del incumplimiento, caso contrario será una *liquidated damages*

En la misma línea lo entendió el derecho comunitario europeo, como cita Juan Espinoza de la Resolución (78) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa el 20 de enero de 1978, en la bicentésima octogésima primera reunión de los Delegados de los Ministros, sobre la uniformización de la disciplina de las cláusulas penales:

a) La definición de la cláusula penal (artículo 1), que pone de relieve tanto la accesoriedad contractual cuanto la prestación pecuniaria. Así, se establece que:

Artículo 1.- «A efectos de la Resolución, se considerará cláusula penal toda cláusula que figure en un contrato en virtud de la cual el deudor, si no ejecuta la obligación principal, deberá pagar una cantidad de dinero como pena o como indemnización».

#### 4. FUNCIONALIDAD ECONÓMICA

Como se ha analizado, la cláusula penal puede ser utilizada de distintas maneras y su naturaleza ha sido establecida en cada legislación, sin que eso implique una única funcionalidad. En realidad, funcionan como una herramienta para las partes con el fin de obtener mayores beneficios de la celebración de un contrato. Por ejemplo, si se conoce el monto por pagar en caso de incumplimiento las partes se ahorrarían el proceso para determinar la cuantía de daños y perjuicios que se han generado para el acreedor, así como sirven para fijar el desincentivo para el incumplimiento, como pueden también contemplar la resolución de un contrato, todo ello sin necesidad que haya una litigación.

En otras palabras, habría una funcionalidad económica transversal que consiste en abaratar costos de transacción y simplificar el proceso ante un incumplimiento así como otorgar seguridad jurídica a las partes. Sin embargo, una aplicación desnaturalizada de esta herramienta podría llevar a escenarios de ineficiencia. Por ejemplo, el caso donde hay una desigualdad contractual y se estipulan cláusulas abusivas y ridículas que vulneran los principios de equidad, como han atendido jueces europeos.

Sin embargo, la doctrina ha establecido acertadamente que en los casos donde la legislación ha contemplado una mutabilidad relativa en favor de la reducción de la penalidad ha operado bajo la equivocada premisa que el deudor siempre es la parte débil de una obligación. En efecto, se pueden dar situaciones en que poderosas entidades pacten con sus proveedores penalidades irrisorias o ridículamente bajas, aprovechando una inequidad de poder generando en los acreedores de la penalidad una situación desventajosa o incluso llegando al punto en el que el incumplimiento podría ser beneficioso para el deudor en detrimento de los daños ocasionados hacia el acreedor.

De la misma manera, es importante acotar que la previsibilidad es una de las principales características —si no es la principal— de la cláusula penal. Por ese motivo, si la regulación deja un margen muy amplio a los jueces para aumentarla o reducirla, según lo que se estime como correspondiente a los daños y perjuicios, entonces su aplicación procedería a ser inútil. Tanto el deudor como el acreedor, si lo creyesen conveniente podrían plantear una sobreestimación (o subestimación) de los daños y perjuicios ocasionados a partir del incumplimiento contemplado en la penalidad, sin que esta sea realmente ridícula o exageradamente desproporcionada, pues esos términos no dejan de estar sometidos a la subjetividad del juez, lo cual será analizado en cada caso en particular.

#### 5. PENALIDADES EN LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS

Las penalidades se encuentran reguladas también en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado bajo la siguiente fórmula:

## Artículo 132.- «Penalidades

El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

La entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10 %) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, deben incluirse las previstas en el capítulo VII del presente título.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento».

En el primer párrafo de la norma se vuelve a invocar a la subjetividad que dotaría de validez a las penalidades, una vez que se recurre a términos como «razonable» o «congruente». Por su parte, en el segundo párrafo se pueden rescatar dos cosas: (i) igual que el Código Civil, contempla dos tipos de penalidades entre las cuales está la penalidad por mora u otras; y, (ii) establece un monto máximo para la penalidad fijado en la ley que vendría a ser el 10 % del monto del contrato vigente, aproximándose mucho más al modelo que opta el Código Civil brasileño.

Por su parte, en el artículo 133 del Reglamento se consolida una fórmula legal para fijar el monto de penalidad por mora en la ejecución de la prestación:

$$\text{Penalidad diaria} = (0.10 \times \text{monto}) / (F \times \text{plazo en días})$$

Donde F tiene los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras:  $F = 0,40$
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
  - b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías:  $F = 0,25$
  - b.2) Para obras:  $F = 0,15$

Por su parte, en el artículo siguiente (134) se consideran las estipulaciones de los otros tipos de penalidades. En resumen, lo que establece el Reglamento sobre estas es que tienen que mantener el criterio subjetivo de ser razonables, congruentes y proporcionales, así como incluir supuestos de aplicación y fórmula de cálculo la que será independiente a la penalidad por mora.

Respecto a la funcionalidad que las penalidades cumplen en la contratación pública, se mantenían prácticamente las mismas que las que se estipulan en el Código Civil. La subdirección de capacitación del OSCE reconoce la funcionalidad compulsiva y resarcitoria de las penalidades de la siguiente manera:

Las garantías y las penalidades cumplen una doble función:

Compulsiva: lo que pretenden es compeler u obligar al contratista a que cumpla sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario se haría merecedor de las penalidades establecidas en el contrato (y/o en la Ley y en el Reglamento) y a la ejecución de las garantías que presentó para garantizar su obligación.



Resarcitoria: a través de su ejecución y aplicación, respectivamente, se busca indemnizar a la entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista.

Por otro lado, respecto a las características de la penalidad en la contratación pública, Morón Urbina (2016) sostiene que se mantienen cuatro características en relación a la penalidad convencional: 1) accesoriedad; 2) subsidiariedad; 3) condicionalidad; 4) no requiere la generación de algún daño. Asimismo, el autor sostiene que también se presentan características particulares como la unilateralidad, al ser la entidad la que fija el monto, automática en los casos de mora, pues la entidad no tiene que requerir el cumplimiento previamente, y que es desde la vigencia del contrato hasta su liquidación que se mantiene la aplicabilidad de la prestación. Del mismo modo, se exige la congruencia, razonabilidad y objetividad para su aplicación, así como el debido procedimiento, lo que es transversal en todo Estado constitucional de derecho (p. 584).

Dicho esto, debe mencionarse que en el caso del Estado, si bien en principio podría ser la parte fuerte de la relación contractual, lamentablemente no escapa a la posibilidad de establecer cláusulas en perjuicio del interés público. Entre estas podrían encontrarse penalidades irrisorias mínimas que incluso lleguen a incentivar el incumplimiento contractual, sin que se pueda resarcir en lo más mínimo los daños causados.

Por otro lado, existe también la posibilidad de que, incluso dentro de los límites legales, se establezcan penalidades muy altas por incumplimientos que se generen a partir de daños mínimos, por lo cual tendría que haber una intervención del juez que actúa según la proporcionalidad que invoca la misma ley. En ese sentido, ante la ausencia de parámetros claros para la determinación de penalidades proporcionales sucedería el mismo problema que se presenta en la regulación civil respecto a la apreciación en la indeterminación de lo que sería «manifestamente excesivo» o «desproporcionado».

## 6. CRITERIOS PARA APLICACIÓN DE PENALIDADES

### 6.1. *Penalidades por mora*

Un artículo publicado por San Román Alva, Vivanco Valenzuela y Vargas Guimet en la página web [laley.pe](http://laley.pe), recopila cuatro criterios clave dictados en la jurisprudencia del OSCE, respecto a la aplicación de las penalidades por mora:

1. Que la aplicación de la penalidad por mora dependerá del tipo de contrato, pues diferirá en los casos de los contratos de ejecución única con aquellos de ejecución periódica, o con los de ejecución única, pero con entregas parciales. En el caso de los primeros se deberá aplicar «el monto y el plazo del contrato vigente a ejecutarse», mientras que en el segundo tipo de contratos «el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones individuales materia de retraso».  
  
Esto se debería a que en los contratos de ejecución periódica son sus prestaciones parciales las que serán penalizadas individualmente. (Opinión n.º 036-2020)
2. Si el retraso de la prestación ha sido justificado debidamente por el contratista ejecutor, la entidad puede considerar no aplicar la penalidad sin necesidad de emitir una resolución. Asimismo, puede tomar la misma decisión valiéndose de la opinión del supervisor de la obra cuyos costos por la extensión de su servicio serán asumidos por la entidad. Por tal razón, en función al artículo 189 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, solo serán aplicables las penalidades por retrasos imputables al contratista ejecutor. (Opinión n.º 012-2021)
3. El plazo y el monto de la penalidad tienen que haber sido establecidos de manera clara y precisa en el contrato cuando se trate de aquellos de ejecución única con entregas parciales o «deberán poder definirse indubitadamente a partir de él». (Opinión n.º 198-2019)

4. Si las entregas parciales presentan observaciones formuladas por la entidad, esta deberá otorgarle el plazo correspondiente al contratista para que pueda subsanarlas, caso contrario, la entidad podrá aplicar la penalidad por mora desde el vencimiento de dicho plazo de subsanación acorde al artículo 168.5 del reglamento. (Opinión n.º 198-2019)

## 6.2. *Sobre las «otras penalidades»*

Como se ha mencionado, las penalidades pueden ser aplicadas a otras causales distintas a la demora de ejecución, siempre que se cumplan con los requisitos de objetividad, razonabilidad, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación como afirman Álvarez Pedroza y Álvarez Medina en sus comentarios al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (2017). Estos requisitos habrían sido definidos por el OSCE de la siguiente manera en su Opinión n.º 020-2014 DTN:

1. Objetividad: «[...] implica que la entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación».
2. Razonabilidad: «[...] implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento».
3. Congruencia con el objeto de la convocatoria: «[...] implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria».

Asimismo, los autores sostienen que la norma fija unos requisitos a los documentos del procedimiento de selección que establezcan distintas penalidades a las que son por mora para que estas puedan ser aplicables:

- Deben ser establecidas por los documentos del procedimiento de selección.
- Deben ser objetivos, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación.
- Debe preverse la forma de calcular la penalidad por cada supuesto.
- Igualmente, debe preverse el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.

Del mismo modo, se establece que la penalidad por causales distintas a la mora es independiente, pues obedece a las disposiciones específicas de los documentos de selección. De la misma manera, como ya se ha mencionado, este tipo de penalidad se asemeja más al modelo del Código Civil brasileño al imponer un monto máximo equivalente al diez por ciento (10 %) del contrato.

De igual forma que en las penalidades por mora, de haber observaciones con las entregas realizadas, las penalidades podrán ser aplicadas una vez se venciera el plazo para subsanarlas, sin perjuicio de también resolver el contrato. Esto no sucederá cuando las prestaciones presentadas sean «manifiestamente» distintas a las que fueron ofrecidas, supuesto bajo el cual podrá aplicarse la penalidad respectiva, al considerarse como prestaciones incumplidas.

## 7. CONCLUSIÓN

De todo lo expuesto podemos apreciar que en la doctrina y legislación se ha efectuado el desarrollo que permite establecer los criterios respecto a los cuales podría proceder la incorporación y posterior aplicación de una penalidad en la contratación pública.

Así, no debería llegarse a la intervención de la Administración (OSCE) o el juez (árbitro) para verificar que la incorporación y/o aplicación de una cláusula penal se encuentre dentro de los límites establecidos y comentados, sino debería ser un ejercicio de análisis previo y dentro del marco de gestión del funcionario público y la colaboración de postores y los contratistas para evitar controversias innecesarias y evitables.

Sin embargo, de someterse una controversia a decisión en fuero de justicia (en el Perú, arbitral), los juzgadores tienen la posibilidad de establecer un criterio jurisprudencial que parta de algunos puntos ya desarrollados en la evolución del concepto y su alcance actual para de esta manera contribuir a generar mayor eficacia y eficiencia de la cláusula penal. En otras palabras, la jurisdicción arbitral puede contribuir de manera efectiva con la utilización adecuada de las penalidades para alcanzar la finalidad pública más elevada.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Traducción de 35ª ed. alemana por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1954, vol. I.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «La cláusula penal». En *Themis Revista de Derecho*, 2014, n.º 66, pp. 221-243. Recuperado de <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12698>>.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores, 1950, tomo II, vol. I.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La cláusula penal. Su régimen jurídico en el derecho civil, comercial, laboral, administrativo, tributario, internacional y procesal*. Buenos Aires: Depalma, 1981.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Civitas, 1996, quinta edición, vol. II: Las relaciones obligatorias.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Traducción de Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, tomo I.

MORENO RODRÍGUEZ-ALCALÁ, Roberto. «El derecho comparado en acción: la doctrina de las “penalty clauses” como guía para la reducción y comprensión de las cláusulas penales excesivas». En SOTO COAGUILA, Carlos. *Incumplimiento contractual: acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Jurivec, 2016: pp. 479-513.

OSTERLING PARODI, Rafael y CASTILLO FREYRE, Mario. «Obligaciones con cláusula penal». En TORRES CARRASCO, Manuel. *Los contratos: consecuencias jurídicas de su incumplimiento*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.

OSCE. *Las garantías en la ejecución contractual y penalidades*. Recuperado de <[http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2\\_m4a.pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap2_m4a.pdf)>.

SAN ROMÁN ALVA, Armando; VIVANCO VALENZUELA, Alexandra y Eduardo VARGAS GUIMET. «4 criterios claves del OSCE sobre la aplicación de penalidades por mora». En *Gestión Pública & Control*. Recuperado de <<https://laley.pe/art/11564/4-criterios-claves-del-osce-sobre-aplicacion-de-penalidades-por-mora>>.

SOTO COAGUILA, Carlos. «Cláusula penal: función e inmutabilidad de las penalidades libremente pactadas». En SOTO COAGUILA, Carlos. *Incumplimiento contractual: acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Jurivec, 2016: pp. 447-478.



## ENTRE LA ARBITRABILIDAD Y EL DESAMPARO

*Alberto Quintana Sánchez\**

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Sobre la noción de arbitrabilidad.— 3. La inarbitrabilidad de las prestaciones adicionales en la Ley de Contrataciones del Estado.— 4. Alcances de la inarbitrabilidad de las prestaciones adicionales en la contrataciones con el Estado.— 5. Excesos en materia de inarbitrabilidad de las prestaciones adicionales.— 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

### 1. INTRODUCCIÓN

La Ley de Contrataciones del Estado regula determinados supuestos en los que prohíbe la arbitrabilidad. Se trata principalmente de aquellas controversias que deriven o se originen en la desaprobación o aprobación parcial de prestaciones adicionales.

La redacción de la norma no es clara y permite diversas lecturas que en este artículo se pretende unificar. Sin embargo, tal ambigüedad ha conllevado a que a través de la vía de la anulación de laudos arbitrales, en determinados casos, los operadores judiciales hayan incorporado al supuesto legal de inarbitrabilidad controversias que le son ajenas, generando con ello ciertos pronunciamientos que generan absoluto desamparo.

Entonces, desde la perspectiva de la arbitrabilidad, en las siguientes líneas se aborda el tema en cuestión con la finalidad de poner de relieve lo que, no obstante su obviedad, no está siendo tomado en cuenta en determinados casos judiciales, al incorporar por vía de interpretación supuestos que no corresponden a la prohibición legal de arbitrar sobre prestaciones adicionales.

### 2. SOBRE LA NOCIÓN DE ARBITRABILIDAD

La arbitrabilidad, entendida como aquello inherente a lo que puede ser sometido a arbitraje, esto es, a la competencia y decisión de un árbitro, tiene dos parámetros que delimitan su alcance: la voluntad de las partes y la ley.

En el primer parámetro son las partes las que definen, a través del convenio arbitral, lo que quieren someter a arbitraje. En ese ámbito las partes pueden excluir del arbitraje, simplemente porque así lo desean, determinadas materias, en cuyo caso, de surgir alguna controversia sobre ellas, tendrán que ser ventiladas en sede judicial.

De este modo, cabe perfectamente que en el convenio arbitral las partes contratantes pacten, por ejemplo, que pretensiones vinculadas a la responsabilidad civil por daños y perjuicios o aquellas relativas a lesión, excesiva onerosidad de la prestación o equilibrio económico-financiero del contrato queden fuera del ámbito arbitral. También podría pactarse la exclusión del arbitraje por la cuantía de las controversias, definiendo que solo aquellas que superen determinado monto podrán ser sometidas a dicha vía

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Árbitro en la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

Un convenio arbitral con tales características, de naturaleza excluyente, no sería para nada ilegal ni estaría afectado *per se* a algún vicio de nulidad. Otro tema ajeno a estas líneas será la conveniencia del pacto o la posibilidad de generar patologías indeseadas.

En el segundo parámetro el protagonismo ya no corresponde a la voluntad de las partes, sino a la ley, en el sentido de que será esta la que definirá que materias no puedan ser sometidas a arbitraje.

Al respecto, con acierto Caivano (2013, pp. 64 y 65) explica que existen, por un lado, las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, que están dirigidas a las partes y que implican una restricción a su autonomía de la voluntad, en tanto que las otras son las limitaciones que ellas imponen, que están dirigidas a los árbitros y que se derivan de lo pactado. El mismo autor precisa que la arbitrabilidad «es una cualidad de lo que es arbitrable» y, en ese sentido, no toda cuestión litigiosa tiene esa cualidad en la medida que habrá algunas reservadas a la competencia exclusiva del Poder Judicial, siendo la ley la llamada a establecer tales limitaciones.

### 3. LA INARBITRABILIDAD DE LAS PRESTACIONALES ADICIONALES EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Un tema ya manido en el ámbito de la contratación pública es el relativo a las prestaciones adicionales y la prohibición legal de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir entre la entidad pública y el contratista privado sobre su desaprobación o aprobación parcial.

Brevemente, a modo de recuento, cabe indicar que el quinto párrafo del artículo 45 del Decreto Legislativo n.º 1017 - Ley de Contrataciones del Estado señalaba que la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales no podía ser sometida a arbitraje.

Se trata claramente de un supuesto limitante de la arbitrabilidad de una cuestión contractual litigiosa establecida por la ley. En efecto, por decisión del legislador, tales controversias debían ser ventiladas exclusivamente ante el Poder Judicial. Tal prohibición, a la luz de la experiencia que demostró los vacíos que dejaba, fue mutando en el tiempo a través de continuas modificaciones de la normativa sobre contrataciones del Estado.

En la norma actual —el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo n.º 082-2019-EF— la prohibición legal de la arbitrabilidad de esta materia está recogida en el cuarto numeral del artículo 45, en los siguientes términos:

La decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales no puede ser sometida a conciliación ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el Reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

Es muy claro que esta norma parte por ratificar aquello que ya se decía desde hace años atrás, es decir que en materia de contratación pública no se puede someter a arbitraje la aprobación o denegatoria de la ejecución de prestaciones adicionales, añadiendo esta vez algo evidente, que no es más que la necesaria consecuencia de la prohibición misma y es que estas cuestiones litigiosas deben ser conocidas exclusivamente por el Poder Judicial, haciendo, sin embargo, una precisión importante relativa a que todo pacto que se pudiera establecer en contrario es nulo.

Ahora bien, esta norma hace un añadido que, bien leído, resulta lógico y consecuente con la intención del legislador. La norma señala, además, que las pretensiones referidas a enriquecimiento

sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, tampoco pueden ser sometidas a arbitraje.

Hay quienes entienden de esta redacción de la Ley de Contrataciones del Estado que, en general, ninguna pretensión referida a enriquecimiento sin causa o pago de indemnizaciones es arbitrable. Tal entendimiento es sesgado y errado, en tanto omite una parte esencial de la redacción que es la que permite delimitar su alcance y que está puesta al final: «que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas».

Puede no ser una redacción del todo feliz la de la norma, es verdad; pero la conclusión a la que se arriba a partir de esa lectura superficial, que omite una parte esencial, lleva a una conclusión no solo errada, sino incluso dañina, pues genera la inarbitrabilidad de materias que la ley no ha extraído de la competencia de los árbitros.

Dentro de la lógica del legislador, la precisión inicial sobre la inarbitrabilidad de prestaciones adicionales era necesaria, pues, en la realidad, como nunca deja de ocurrir, se implementaron modos de evitar la prohibición. Así, hubo casos en los que ante la negativa de una prestación adicional por parte de la entidad, el contratista llevó la controversia a arbitraje, no pretendiendo ante los árbitros el pago del adicional ejecutado, que sin duda no era de su competencia, sino solicitando el reconocimiento de una indemnización o de un enriquecimiento sin causa. Y hubo tribunales arbitrales que acogieron tales pretensiones, ordenando el pago de montos que en el fondo correspondían a prestaciones adicionales.

Frente a ello se dieron diversas sentencias del Poder Judicial, recaídas en procesos de anulación de laudos arbitrales, en las que se determinó que tales pronunciamientos constituían fraude a la ley, pues bajo el ropaje de una indemnización o de un enriquecimiento sin causa, indirectamente se reconocía en la vía arbitral cuestiones relativas a la aprobación de prestaciones adicionales que estaban legalmente prohibidas de ser arbitradas.

A modo de muestra, la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en materia Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima señaló en su sentencia de fecha 17 de septiembre de 2017,<sup>1</sup> lo siguiente:

Enriquecimiento sin causa y fraude a la ley

OCTAVO: Sucede que a petición de parte interesada se conoce y decide en vía arbitral estos asuntos excluidos, planteando otros y, así se enmascara la verdadera intención. Es decir, eludiendo la norma aplicable imperativa —en este caso a presupuestos adicionales de obra pública— se invoca una norma favorable a fin de lograr el objetivo deseado, como invocar o plantear enriquecimiento sin causa, configurándose así un fraude a la ley, lo que se rechaza.

NOVENO: De la revisión del expediente arbitral se advierte que mediante Resolución Directoral n.º 046-2014/VIVIENDA/VMCS/PNSU/1.016 se resolvió declarar improcedente el adicional n.º 03 y se procedió a aprobar el deductivo n.º 02 por un monto ascendente a S/ 284,327.98; sin embargo, el tribunal arbitral resolvió otorgarlo como enriquecimiento indebido de la entidad. Es preciso incidir en que se está analizando específicamente las circunstancias del presente caso, en el que el fraude a la ley se genera por recurrir a una figura jurídica para evadir el tránsito por la ruta y autoridad pública que la norma imperativa ordena. En vía indirecta, pues, los árbitros se autoasignan las funciones que por ley competen al órgano estatal, concretamente a la Contraloría General de la República.

DÉCIMO: De acuerdo al artículo 63.3 de la Ley de Arbitraje, tratándose de la causal prevista en el literal «e» del numeral 1, la anulación será total en caso no puedan separarse las materias no susceptibles de arbitraje de las demás. El presente caso encuadra en este supuesto, al haberse decidido declarar la nulidad total del laudo arbitral por contener materias no susceptibles de

<sup>1</sup> Expediente n.º 0013-2017-0.

arbitraje, no cabe emitir pronunciamiento respecto de la segunda causal formulada, relativa a la afectación del derecho a la motivación de resoluciones al amparo de la décima segunda disposición complementaria de la Ley de Arbitraje.

Ante situaciones de esta naturaleza y pronunciamientos arbitrales o judiciales como los anotados, el legislador decidió ampliar el ámbito de la prohibición de arbitrar cuestiones relativas a la aprobación de prestaciones adicionales, precisando lo antes señalado, en el sentido de que tampoco resultan arbitrables las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de tales prestaciones o de la aprobación parcial de estas.

#### **4. ALCANCES DE LA INARBITRABILIDAD DE LAS PRESTACIONALES ADICIONALES EN LA CONTRATACIONES CON EL ESTADO**

Resulta claro que la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales no puede ser sometida a arbitraje. También debería estar claro que tampoco son arbitrables las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o pago de indemnizaciones, solo en tanto y en cuanto estas deriven o se originen en la desaprobación o en la aprobación parcial de tales prestaciones.

Sin embargo, la norma legal citada añade a la prohibición de arbitrar un verdadero y peligroso «cajón de sastre», cuando señala que esta alcanza a «cualquier otra pretensión» que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas.

La norma deja así, en manos de los operadores jurídicos, decidir qué pretensiones quedan incluidas en la prohibición y, por ende, excluidas del arbitraje, quedando bajo la competencia exclusiva del Poder Judicial. Y la decisión que finalmente se adopte es muy relevante, pues supone elegir correctamente a la autoridad competente que deba conocer y decidir sobre la pretensión que se desee invocar.

Errar al elegir ante qué autoridad se debe plantear la respetiva pretensión incluso podría llegar a significar la pérdida del derecho reclamado, dados los escuetos plazos de caducidad que rigen en la contratación pública.

Para no incurrir en error y así evitar plantear en sede arbitral pretensiones que pueden derivar u originar en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, el contratista debe conocer con exactitud lo que supone aprobar una prestación adicional, para lo cual debe considerar que esta comprende la evaluación de su alcance, referida a su objeto, del precio o costo del adicional y del tiempo o plazo necesario para su ejecución.

De modo tal que, verificada la necesidad de la prestación adicional para lograr el objeto del contrato, cabe la posibilidad de que esta sea íntegra o parcialmente aprobada. En el primer supuesto no debería haber ninguna controversia entre las partes respecto de la prestación adicional.

Es en el segundo supuesto en que la falta de aprobación de parte del alcance, precio o plazo de la prestación adicional puede generar una o varias controversias, al igual por supuesto que su desaprobación total. Serán las pretensiones vinculadas a estas circunstancias, y no otras, las que estén prohibidas de ser arbitradas.

Debe considerarse que, tratándose de una prohibición legal, en ningún caso podrá extenderse sus alcances por la vía de la interpretación. A quien le corresponda juzgar si una pretensión está dentro de este ámbito de inarbitrabilidad, en caso determine que lo está, deberá cuidar de justificar detenidamente cómo es que, a su juicio, tal pretensión deriva o se origina en la aprobación parcial o desaprobación de una prestación adicional.



Algunas pretensiones que *se originan* en la aprobación parcial de prestaciones adicionales serían aquellas que cuestionen la decisión de la entidad de otorgar parcialmente la ampliación de plazo para su ejecución o la de reconocer solo una parte de su costo.

De otro lado, una pretensión que *se derive* de la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas podría ser aquella destinada a reclamar los mayores gastos generales de la ampliación de plazo generada por la ejecución de dicha prestación.

Definitivamente, puede haber varios otros supuestos que encajen en la no arbitrabilidad dispuesta por la norma. El análisis debe efectuarse caso por caso, debiendo cuidar el juzgador de no incluir lo que no corresponda y que lo que finalmente se incluya tenga una adecuada justificación para no incurrir en ningún exceso o arbitrariedad que deje en el desamparo al justiciable.

## 5. EXCESOS EN MATERIA DE INARBITRABILIDAD DE LAS PRESTACIONALES ADICIONALES

Corresponde ahora comentar sobre algunos casos en los que, efectivamente, se ha incurrido en excesos al momento de evaluar y definir los alcances de la norma legal que prohíbe la arbitrabilidad de la desaprobación o aprobación parcial de prestaciones adicionales. Se trata de casos puntuales y, por el momento, no es una corriente generalizada, pero que vale la pena poner de relieve, justamente, para evitar su recurrencia.

Un ejemplo de esta situación lo encontramos en la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad en materia Comercial de fecha 23 de noviembre de 2020<sup>2</sup> en el proceso de anulación de laudo arbitral incoado por la respectiva entidad.

En este caso, el contratista cuestionó en la vía arbitral la decisión de la respectiva entidad de aprobar parcialmente una solicitud de ampliación de plazo. Según se aprecia de la referida sentencia, el contratista formuló como pretensión lo siguiente:

Primera pretensión principal.- Que se declare nula parcialmente y/o sin efecto parcialmente, y/o inválida parcialmente la Resolución Directoral n.º 120-2017-MTC/20 de fecha 21 de febrero de 2017, disponiéndose declarar fundada en su totalidad nuestra solicitud de ampliación de plazo n.º 02, otorgándose cuarenta y cuatro (44) días calendarios [sic] adicionales a los inicialmente otorgados, más gastos generales ascendente a S/ 327,829.45 (trescientos veintisiete mil ochocientos veintinueve con 45/100 soles) incluido el impuesto general a las ventas (IGV), reajustes e intereses, ordenándose su pago.

Refiere también la sentencia que, respecto a esta pretensión del contratista, el tribunal arbitral que asumió competencia resolvió a través del laudo arbitral lo siguiente:

Segundo: Declarar Fundada la primera pretensión principal y, en consecuencia, se declaró lo nulo parcial de la Resolución Directoral n.º 120-2017-MTC/20 disponiendo que se otorguen 44 días adicionales a los 44 días inicialmente otorgados como ampliación de plazo, más gastos generales ascendentes a trescientos veintisiete mil ochocientos veintinueve y 45/100 soles (S/ 327,829.45) incluidos IGV, más reajustes e intereses, ordenándose su pago.

Sin embargo, entrando en el detalle de la controversia, la misma sentencia explica que el 30 de septiembre de 2016, durante la ejecución de la obra materia de contrato, el contratista formuló una consulta al supervisor al haber encontrado un terreno de cimentación diferente al establecido en el estudio original, con presencia de agua o napa freática, con altos valores de agresividad y estratos o caracterización diferentes a los establecidos en el proyecto. Se precisa que el contratista dejó constancia de la falta de absolución de la consulta, indicando que ello afectaba el cronograma de ejecución de la obra, lo que justificaba una ampliación de plazo. Se indica en la sentencia que, ante la falta de

---

<sup>2</sup> Expediente n.º 00125-2019-0.

absolución de la consulta por parte de la supervisión, esta fue elevada a la entidad. Se refiere que la supervisión recomendó a la entidad que encargue al contratista la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional y que, finalmente, el 16 de enero del 2017 la entidad la aprobó, cesando de esta forma la causal por demora en la absolución de la consulta, por lo que el 31 de enero de ese mismo año el contratista solicitó a la entidad una ampliación de plazo por 88 días calendario, así como el pago de gastos generales. El 21 de febrero de 2017 la entidad declaró procedente en parte dicha solicitud y le otorgó solo 44 días calendario.

Considerando los hechos antes descritos, el análisis y decisión de esta sala fueron los siguientes:

Décimo cuarto.- [...] Sin embargo tal solicitud, como es evidente, está íntimamente relacionada a la aprobación de la Prestación Adicional de Obra n.º 01, [...] pues la falta de absolución de parte de la entidad sobre la falta de definición de las cotas de cimentación de los Caissons del Puente que afecta a la partida crítica 02.01.01 Excavación Manual para estructuras (Caissons) y partidas conformantes fue el sustento de dicha ampliación de plazo.

En ese sentido, se desprende de modo manifiesto que el tribunal arbitral, por mandato expreso de la ley, **no** era competente para conocer y resolver la pretensión mencionada al estar relacionada a la ejecución de prestaciones adicionales, no obstante, lo cual, en el Tribunal se declara competente y en el segundo punto resolutivo del laudo emite pronunciamiento al respecto, pronunciándose sobre el fondo de la controversia declarando fundada en parte esta pretensión.

Décimo quinto.- En ese sentido, el segundo punto resolutivo del laudo debe ser declarado nulo por haber incurrido en causal de anulación prevista en el literal e) del numeral 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, en tanto se encuentran íntimamente relacionada a un adicional de obra, casual de anulación, que como se expresó, podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación, según lo dispone el numeral 3 del artículo 63 del mencionado decreto legislativo.

Décimo sexto.- Al establecerse la nulidad del extremo del laudo antes mencionado por recaer sobre materia que no era legalmente susceptible de someterse a arbitraje, carece de objeto ingresar a analizar la causal invocada por la nulidisciente, prevista en el artículo 63 inciso 1 literal b) del Decreto. Legislativo n.º 1071, así como tampoco puede reenviarse la causa a sede arbitral, teniendo las partes expedito su derecho para proceder conforme al artículo 65 inciso 1 literal e) de Ley acotada.

Por tales razones, y de conformidad con lo establecido además en la primera parte del artículo 62.2 del Decreto Legislativo n.º 1071, los integrantes de esta sala superior, administrando justicia a nombre de la nación:

SE RESUELVE:

DECLARAR FUNDADA la demanda de anulación de laudo arbitral [...] por la causal «e», en consecuencia NULO Y SIN REENVÍO el laudo arbitral emitido mediante resolución de fecha 20 de enero de 2019 en mayoría por el tribunal arbitral [...].

Varios temas llaman la atención en esta sentencia. El primero es que la sala anuló el laudo arbitral por la causal e) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, referida a que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias que, de acuerdo con la ley, son *manifiestamente* no susceptibles de arbitraje, en tanto que la demanda estuvo sustentada en la causal b) de la referida norma y que opera cuando una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

Así, pues, la sala actuó de oficio, como expresamente lo señala en su sentencia, amparándose en lo que dispone el numeral 3 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, debido a que el demandante de la anulación del laudo no invocó como argumento la inarbitrabilidad de la pretensión resuelta por el tribunal arbitral. El demandado, por tanto, no tuvo la mínima oportunidad de absolver o defenderse de dicho aspecto.

Un segundo tema es que la sala no explica en modo alguno las razones con base en las cuales considera que la ampliación de plazo pretendida por el contratista en el arbitraje no era arbitrable. Hay tres únicas líneas al respecto en toda la sentencia y en ellas la sala se limita a afirmar que «tal solicitud, como es evidente, está íntimamente relacionada a la aprobación de la *Prestación Adicional de Obra n.º 01*», que la pretensión está «relacionada a la ejecución de prestaciones adicionales» y que «se encuentran [sic] íntimamente relacionada a un adicional de obra».

En suma, según las razones expuestas en esta sentencia, la pretensión analizada no era arbitrable porque no era arbitrable. La Sala tendría que haber explicado cómo es que, a su juicio, esa ampliación de plazo derivaba o se originaba en la aprobación parcial de la prestación adicional.

Si lo hubiera hecho se habría percatado que esa ampliación de plazo, como la misma sentencia señala, se causó en «la falta de absolución de parte de la entidad sobre la falta de definición de las cotas de cimentación de los Caissons del Puente [...]». La sala tendría que haber entendido que la demora de una entidad en absolver una consulta no deriva ni se origina en la aprobación de una prestación adicional, que tal demora es un hecho previo absolutamente ajeno a la aprobación o desaprobación de un adicional. Por ende, esta sala tendría que haberse percatado que no basta decir que una cosa está íntimamente relacionada con otra para, de esa forma, justificar la inarbitrabilidad de una pretensión. Un análisis de tal naturaleza, y la consiguiente decisión que genera, no hacen más que ocasionar un palpable desamparo en quien, con legítima razón, acudió a la vía arbitral para resolver una controversia surgida durante la ejecución de su contrato y cuya génesis no fue otra que la demora de una entidad en absolver en tiempo legal una consulta técnica respecto de una deficiencia del expediente técnico que esta proporcionó para la ejecución de una obra.

El desamparo se magnifica si se toma en consideración que en este caso, luego de la decisión judicial que data del 23 de noviembre de 2020, el plazo de caducidad establecido por la Ley de Contrataciones del Estado para este tipo de controversias sobre ampliación de plazo había vencido largamente si se quisiera volver a accionar, pues la aprobación parcial de la entidad se dio el 21 de febrero de 2017.

Lamentablemente, la situación antes descrita no es solitaria y se ha repetido, por ejemplo, en el Expediente n.º 272-2016-0, que actualmente ha sido llevado en casación a la Corte Suprema, donde aguarda una decisión final, ojalá rectificadora de esta manifiesta anomalía.

## 6. CONCLUSIONES

- La Ley de Contrataciones del Estado limita la arbitrabilidad de controversias que se derivan u originan en la falta de aprobación o aprobación parcial de prestaciones adicionales, las cuales se reservan a la competencia exclusiva del Poder Judicial.
- A pesar de su insuficiente claridad, la Ley de Contrataciones del Estado limita la arbitrabilidad de pretensiones sobre enriquecimiento sin causa y pago de indemnizaciones únicamente en los casos en que estas deriven o se originen en la falta de aprobación o aprobación parcial de prestaciones adicionales.
- La Ley de Contrataciones del Estado ha establecido una cláusula abierta de limitación en la que incluye, sin ninguna precisión, cualquier pretensión que se derive u origine en la falta de aprobación o aprobación parcial de prestaciones adicionales.
- Esta cláusula abierta debe ser correctamente entendida y quedar circunscrita a la inarbitrabilidad de cualquier controversia sobre el alcance, precio o plazo de prestaciones adicionales.

- En vía jurisprudencial se está ampliando indebidamente la prohibición legal de arbitrar sobre prestaciones adicionales, incorporando supuestos que son claramente arbitrables por no estar vinculados al alcance, precio o plazo de prestaciones adicionales.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

CAIVANO, Roque. «Arbitrabilidad y orden público». En *Foro Jurídico*, 2013, n.º 12, pp. 62-78. Recuperado de <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>>.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra, 2009 (Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 7). Recuperado de <<https://castillofreyre.com/libros/volumen-7-el-arbitraje-en-la-contratacion-publica/>>.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. «La arbitrabilidad de las obras adicionales en la contratación pública». En *Advocatus*, 2013, n.º 28, pp. 121-143. Recuperado de <<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4197>>.

## LA NATURALEZA PROCESAL DEL ARBITRAJE

Aníbal Quiroga León\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Teoría del proceso y el arbitraje: principales instituciones.— 2.1. Estructura del derecho procesal.— 2.2. La acción.— 2.3. La excepción.— 2.4. La jurisdicción.— 2.5. La competencia.— 2.6. El órgano jurisdiccional.— 2.7. Principios procesales.— 2.8. Los principios básicos del proceso.— 2.9. Los presupuestos procesales.— 2.10. La tutela judicial efectiva.— 3. Antecedentes del arbitraje.— 3.1. Origen y evolución del arbitraje.— 4. Naturaleza jurídica del arbitraje.— 4.1. La teoría contractualista.— 4.2. La teoría jurisdiccionalista.— 4.3. La teoría mixta o híbrida.— 4.4. Nuestra posición.— 5. Antecedentes legislativos del arbitraje en el Perú.— 5.1. El Código de Enjuiciamientos en materia Civil (1852).— 5.2. El Código de Procedimientos Civiles (1912).— 5.3. El Código Civil de 1936.— 5.4. La Constitución Política de 1979.— 5.5. El Código Civil de 1984.— 5.6. La Constitución Política de 1993.— 5.7. El Código Procesal Civil de 1993 y la primera Ley de Arbitraje (Decreto Ley n.º 25935).— 5.8. La segunda Ley de Arbitraje (Ley n.º 26572).— 5.9. La actual Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071).— 5.10. Las modificaciones establecidas por el Decreto Legislativo n.º 1231.— 5.11. La Ley de Contrataciones del Estado (Ley n.º 30225) y su modificatoria por el Decreto Legislativo n.º 1341.— 5.12. El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo n.º 350- 2015-EF).— 6. Bibliografía.

### 1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es, sin duda alguna, una figura judicial fascinante. Muchos se preguntarán cómo puede ser definida como «judicial» si suele constituirse en sede privada arbitral. Pero ocurre que la ideología imperante sobre la materia, y la desinformación, la han presentado en los últimos tiempos como diferente, y hasta antagónica, respecto del proceso judicial, cuando en realidad no es así. Precisamente, el objeto principal de este trabajo es ingresar al estudio y análisis de la verdadera naturaleza jurídica del arbitraje, a fin de constatar, como premisa básica, que tal visión es equivocada.<sup>1</sup>

Pese a tener una raíz común (el conflicto), la realidad del arbitraje y del proceso judicial se dan en planos diferentes respecto de diferentes pretensiones, pero proyectados hacia un mismo fin (la solución del conflicto), bajo una misma plantilla o modelo procesal, lo que demuestra que tienen una misma naturaleza o raíz jurídica.

---

\* Profesor principal, abogado y magister en Investigación Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú; doctorando por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, en actual proceso de convalidación por la Universidad de Cuyo (Mendoza). Profesor principal en la Universidad de Lima. Profesor en la Universidad de Ciencias Aplicadas. Ex vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima y expresidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la república. Exasesor de diversas comisiones del Congreso de la República, de los ministerios de Justicia y de Defensa. Exmiembro de la Comisión Especial para el Diferendo Perú-Chile en la Corte de Justicia Internacional de La Haya. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Mundial de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Autor de diversos libros, ensayos y artículos en materia de derecho constitucional, derecho procesal constitucional, teoría del proceso y arbitraje. Abogado en ejercicio.

<sup>1</sup> El presente trabajo, y su premisa esencial respecto de la naturaleza procesal del arbitraje, ha sido desarrollado a lo largo de varios años en sus aspectos básicos en diversos artículos que publicamos. Especialmente, ha sido ampliamente desarrollado en nuestro libro: *La naturaleza procesal del arbitraje*, texto base del presente artículo. Véase, Quiroga (2017).

La importancia del arbitraje resalta más con la actual crisis generalizada y globalizada —en mayor o menor medida— de la administración de justicia estatal y la aparición de los ADR (*alternative dispute of resolutions*), que en traducción equivocada suelen presentarse como formas alternativas de resolución de conflictos. Y es equívoca porque, en estricto, el arbitraje no es un medio alternativo al sistema judicial para la solución de los conflictos intersubjetivos de una sociedad, sino que constituye una forma antecedente de solución de tales conflictos (y de administración de justicia), formando parte de los instrumentos judiciales que brinda el sistema jurídico para ello. Se trata, pues, de una parte del abanico de instrumentos que el derecho procesal ofrece para la solución de tales conflictos de modo previo al proceso judicial jurisdiccional que, a partir de finales del siglo XVIII, el Estado de derecho ha monopolizado para sí. Así, el arbitraje es el embrión de proceso judicial jurisdiccional y ha subsistido hasta la fecha —a pesar de la vigencia del proceso judicial— por muy diversas razones y finalidades, que son también comunes a las del proceso judicial y que, sin duda, el mismo proceso judicial alienta y estimula.<sup>2</sup>

El arbitraje se ha mantenido —y ha sobrevivido— como figura jurídico-procesal artesanal válida para la solución definitiva de determinadas controversias en las que el Estado cede su posición exclusiva y excluyente, permitiendo, siempre bajo su control, que sus ciudadanos obtengan la satisfacción a sus conflictos de un modo consensualmente judicializado. Pero solo en aquellas actividades que el Estado permita y bajo la tutela de este, tanto como se permite la renuncia a los derechos judiciales, la conciliación de estos, la transacción o su negociación. Ni más ni menos que en estos casos, y es artesanal porque el proceso arbitral se construye para cada caso y termina con el fin del caso.

Sin embargo, tal vez por la grave crisis del sistema judicial a nivel mundial en la sociedad contemporánea a la que nuestro país no es inmune, muchos han vuelto sus ojos hacia el arbitraje tejiendo una serie de mitos sobre su realidad y otorgándole una calidad que no tiene ni le corresponde, y que a la larga, más que beneficiarle, le restará fortaleza, como se demostrará al final de este trabajo, como adecuado mecanismo antecedente de solución de conflictos entre los particulares.

El arbitraje no puede ser considerado como una alternativa al proceso judicial, porque no lo es ni por historia ni por realidad, como tampoco lo son el desistimiento de los derechos o la transacción judicial. Es un mecanismo antecedente de solución de conflictos que el derecho procesal contiene de sus múltiples variables, en donde el proceso judicial jurisdiccional será el modo final, terminal, de lograr la solución compuesta por el Estado, a falta de voluntad de los litigantes.

El principal elemento común al arbitraje y al proceso jurisdiccional es el conflicto, ya que ambas figuras tienen por finalidad dar fin de modo pacífico, ordenado, metodológico y secuencial a un determinado conflicto de intereses o a una incertidumbre jurídica que genera un conflicto. Eso es de fundamental entendimiento para alcanzar el más certero análisis de la naturaleza jurídica del arbitraje, arribando a la conclusión de su fuerza vital procesal o *élan procesal*.

Y es que por principio metodológico no debemos confundir la causa con la fórmula de solución. El proceso judicial jurisdiccional del Estado ni el arbitraje son fines en sí mismos ni sobreviven por sí solos sin contenido de los derechos subjetivos de las personas en disputa, por lo que ambos, por igual, son métodos de solución pacífica de controversias. Por ello afirmamos con énfasis que no se debe confundir la causa de la enfermedad (el conflicto intersubjetivo) con el remedio para solucionarla (el proceso que pone fin a ese conflicto intersubjetivo).

Ha sido relativamente difícil ubicar la institución del arbitraje en una clara definición desde la ciencia del proceso. La doctrina suele pasar a su descripción, a su finalidad o ha sido captada por definiciones que surgen del derecho civil o, más específicamente, desde el derecho de los contratos o de las obligaciones. No ha habido un gran desarrollo respecto a su verdadera naturaleza, pareciera que ese tópico no ha sido importante o ha sido prescindible, no ha interesado.

<sup>2</sup> Un viejo principio del derecho procesal, vigente tanto en el *common law* cuanto en el *civil law*, y que mantiene plena vigencia, enseña que: «la composición de las partes debe prevalecer por sobre la composición judicial» (Quiroga 2000, pp. 778, 793 y 797).

Sin embargo, queda claro que el arbitraje es, esencialmente, una institución procesal desde que tiene el mismo origen cumple la misma finalidad y se sirve de las mismas categorías básicas para su realidad.

Es una institución que constituye una forma pacífica de solución de controversias en la sociedad, permitiendo mediante actos concatenados y sistémicos (*pro-caedere*) llegar a una solución que sea definitiva, definitiva y con calidad de cosa juzgada (*res iudicata*), eludiendo o evitando el proceso judicial jurisdiccional del Estado, pero dentro de la misma tutela del Estado —de hecho, permitida por este— dentro del mismo sistema de justicia. Por ello, comparte los elementos esenciales del debido proceso legal y de la tutela judicial efectiva,<sup>3</sup> ocupando un importante rol y lugar dentro del derecho jurisdiccional.<sup>4</sup>

Hay, sin embargo, una primera gran diferencia que suele llevar a confusión y una segunda gran limitación que suele soslayarse. En efecto, la primera gran diferencia entre el proceso arbitral del sistema jurídico y el proceso judicial jurisdiccional radica en que el primero, basado en la ley y permitido por el sistema judicial, pasa por una realidad contractual que le da nacimiento y origen a cada proceso arbitral, y donde bajo los principios procesales de la liberalidad de las formas y de la composición de las partes debe prevalecer por sobre la composición judicial, las partes intervinientes «escogen» a sus jueces (a los árbitros), definen la materia válidamente arbitrable, determinan la mejor forma procesal aplicable al caso (hacen su proceso) y fijan el plazo del mismo. La gran limitación surge precisamente de allí mismo: solo será procedente (admisible, viable y válido) para aquellos derechos civiles y comerciales de libre disponibilidad, básicamente de orden patrimonial. De allí que no se pueda hablar con propiedad del arbitraje como medio o forma «alternativa», pues tal no existe: no se puede escoger entre la alternativa de arbitrar o litigar, pues en la mayoría de los casos que el derecho plantea tal alternativa no existe. Así, no se puede arbitrar un divorcio, los derechos de familia, los de los menores, los personalísimos, los que corresponden a los derechos fundamentales de las personas, aquellos que no sean de libre disponibilidad ni los de responsabilidad criminal regidos por las leyes penales que llevan una condena criminal, etc.

Bien visto, el arbitraje se establece como posibilidad en un universo limitado, pero muchas veces cualitativa y cuantitativamente importante que justifica —y permite— su realidad, pues representa un costo más elevado que el ordinario para el litigante interesado. Tampoco se podrá arbitrar contra la voluntad de la contraparte, de no mediar pacto previo (en sus distintas acepciones de cláusula compromisoria, compromiso arbitral, pacto arbitral, contrato arbitral, convenio arbitral, contrato de arbitraje, etc.) o pacto posterior no se podrá compeler por ningún medio lícito ni jurídico a arbitrar, de no mediar expresa anuencia, sometimiento o siempre que, además de dicha expresa voluntad, la materia arbitrable sea lícita para tal propósito.

Ogayar y Ayllón (1977), quizá quien mejor define esta situación, señala:

Pero para resolver los conflictos o contiendas entre particulares, existen diversos medios, pues, además de acudir a los tribunales estatales [...] hay veces que la solución se logra sacrificando una de las partes su posición, abdicando de su pretensión o de la resistencia que venía oponiendo a

<sup>3</sup> Utilizaremos los conceptos de debido proceso legal y tutela judicial (jurisdiccional) efectiva (o eficaz) como sinónimos (véase Quiroga León, 2014 y Chiabra Valera, 2010).

<sup>4</sup> «La doctrina ha adoptado distintas posturas al respecto. Un primer sector doctrinal, siguiendo la argumentación efectuada por el TC, niega la aplicabilidad de las garantías del artículo 24 CE al arbitraje. Por otro lado, un segundo sector doctrinal se ha esforzado en argumentar la vigencia en el arbitraje de las garantías del artículo 24 CE. Durante la vigencia de la LA 1988, el principal aspecto en el que puso su atención la doctrina que se manifestaba a favor de la aplicación al arbitraje de las garantías propias de la tutela judicial efectiva fue el concepto de orden público. El orden público, según la exposición de motivos de la LA de 1988, debía ser interpretado a la luz de la Constitución. No obstante, la LA de 1988 no indicaba qué principios constitucionales se estaba remitiendo. [...] La selección de principios debía efectuarse a partir del criterio establecido por la propia CE en su artículo 53.2 e incorporaba, en consecuencia, las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del capítulo II dentro del cual se encuentra el artículo 24 CE. Desde nuestro punto de vista no podemos excluir la aplicación al arbitraje de los principios y derechos constitucionales, tampoco los incluidos en el artículo 24 CE» (Mallandrich Miret, 2010, pp. 64-65).

la pretensión ajena, mediante la renuncia de su derecho; o las partes se hacen concesiones recíprocas para poner fin al litigio, o para impedir que este surja, por la transacción, o, sin ponerle fin, se conviene que las diferencias se resuelvan no por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino por un organismo extraoficial que se denomina arbitraje, pues el Estado, respetuoso con la libertad que concede a los ciudadanos para disponer de sus intereses, la lleva a sus últimas consecuencias [...], permitiendo que las resoluciones de los procesos civiles en los que no haya implícito un interés público, se entregue por ellos, no a los tribunales estatales, sino a jueces privados, facultad consagrada en las legislaciones desde una antigüedad bastante remota, porque el Estado [...] al ejercer la tutela jurídica sobre los ciudadanos, así puede valerse de funcionarios que, en todo caso, asumen la potestad jurisdiccional como de personas a quienes concurriendo determinadas circunstancias, atribuye la facultad de juzgar para un caso concreto. (pp. 63-64)

En consecuencia, el arbitraje es un proceso judicial —en tanto constituye una forma trilateral *heterocompositiva* donde es el tercero ajeno a las partes el que tiene la capacidad de decidir— de orden privado, bajo la autoridad, respeto y protección del Estado, y que surge de un necesario acuerdo de voluntades, expreso o tácito, para dirimir una o más controversias ante un tribunal *ad hoc*, convocado por el consenso de las partes y protegido por el sistema judicial, con decisiones ejecutoriadas y con calidad de *res iudicata* (*cosa juzgada material*). De allí que el objetivo de esta tesis sea demostrar que responde a una naturaleza procesal por excelencia y que —desde allí— despliega los especiales contornos que le diferencia del proceso judicial jurisdiccional del Estado.

Por su lado, Merchán Álvarez (1981) señala:

Pero además de estos cuerpos normativos se deduce una considerable equiparación entre la figura del árbitro y la figura del juez, es decir que podemos afirmar que los árbitros, en líneas generales, se tienen en la mente del legislador como unos jueces más. [...]. Por eso cuando el maestro Jacobo en su Doctrina nos habla «De los jueces ordinarios y de quantas maneras que son judgadores» afirma «que son tres maneras dellos. La primera es los ordinarios. Et la segunda de los delegados. Et la tercera de los árbitros» [...] «terçera manera de judgadores [...] son los árbitros a que dizen en latín juez de abenencias». (pp. 40-41)

Y por su parte, el procesalista italiano Carnacini (1961) señala:

Así contemplado a grandes rasgos el arbitraje ritual, [...] se presenta como el instituto en que se concede al particular, en mayor medida posible, que contribuya con su obra al ejercicio de aquella función que, en atención al fin que persigue y al resultado que lleva, no puede menos que llamarse jurisdiccional. (p. 27)

Ahora bien, las principales teorías y definiciones habrán de demostrar la premisa esencial de este análisis: la naturaleza intrínsecamente procesal de la institución arbitral que no puede ni debe ser desconocida, so riesgo de desfigurar su esencia y llegar a conclusiones erradas.

## 2. TEORÍA DEL PROCESO Y EL ARBITRAJE: PRINCIPALES INSTITUCIONES

El derecho procesal es un importante sostén para la realidad, vigencia y efectividad de las relaciones subjetivas que norman la convivencia social y la relación entre el Estado y los justiciables. En ese sentido, le corresponde al ordenamiento jurídico una adecuada regulación procesal, regulación que, además, compete a todos los estamentos del derecho.

Dada la importancia del derecho procesal, a continuación presentamos las principales instituciones que lo conforman.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Los conceptos desarrollados en este apartado fueron abordados en varios de nuestros trabajos anteriores. Véase, en particular, Quiroga (2008).



## 2.1. Estructura del derecho procesal

El proceso responde a una organización de elementos y principios que conforman un sistema jurídico-procesal que, a su vez, responde a una determinada ideología. La comprensión de todo ello es tarea de la teoría general del proceso. Así, tal organización de elementos y principios constituye la estructura del proceso que estudia la ciencia procesal puesto que, científicamente, todo sistema teórico está conformado por estructuras que le dan sustento y forma.

Por su propia definición, *processum* indica una secuencia de actos y formas llevados positivamente al interior de una estructura encaminada hacia la composición de una realidad jurídica invocada. Por ello, tal estructuración bajo el método de debates de orden dialéctico, en sentido aristotélico (Salazar Cano, 1979, pp. 6-7). *Processum* proviene de *pro-caedere*, es decir, ir hacia adelante. Refiere una estructura secuencial de actos concatenados entre sí bajo un destino lógico, que tienen un inicio (reclamo de una pretensión) y tienen una finalidad (composición del conflicto).

## 2.2. La acción

Si bien existen diferentes teorías y acepciones sobre lo que implica la acción, iniciaremos señalando que la acción procesal parte conceptualmente de una proyección romanística como declaraciones solemnes, en fórmulas sacramentales acompañadas de gestos rituales, que el particular pronunciaba, por lo general, ante el magistrado, con la finalidad de proclamar un derecho que se le discute o de realizar un derecho previamente reconocido. En esto va la longeva definición de Celso y su complementación con los posglosadores.

Posteriormente, surgió la polémica entre los romanistas y los publicistas, determinando el concepto de acción dentro del derecho público subjetivo de todo ciudadano para acceder a la tutela judicial efectiva del derecho, a través del Órgano Jurisdiccional (Salazar Cano, 1979, pp. 92-93).

## 2.3. La excepción

En su real y constreñido carácter procesal, excepción es aquella forma procesal que puede adquirir el derecho de defensa. La defensa es el género y la excepción una de sus especies: la procesal. De allí que se pueda inferir válidamente que toda excepción comporta una defensa, mas no toda defensa constituye una excepción (Monroy y Quiroga 1982, p. 106).

Alsina (1961, p. 78) explica que, en su forma genérica, excepción es toda defensa que el demandado opondrá a la pretensión del actor, sea que con eso niegue el derecho en que se funda, sea que con eso se limite a impugnar la regularidad del procedimiento. En su sentido restringido, añadirá, es la defensa dirigida a paralizar el ejercicio de la acción o a destruir su eficacia jurídica, fundada en una omisión procesal o en una norma sustancial. Por su parte, Ferrero (1980, pp. 63-64) plantea que excepción es un derecho correlativo que el demandado puede oponer a la acción. Mientras la acción representa el ataque, la excepción hace lo propio con la defensa. La excepción no tiene por finalidad consagrar derecho alguno, solo pretende hacer perecer o diferir la acción que hace valer el demandante para que se consagre su derecho.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia de la República, en su Casación n.º 2942-2006-Cajamarca, ha señalado que: «[L]a excepción es un medio de defensa que se confiere al demandado, en virtud del cual puede poner de manifiesto al juez la ausencia o insuficiencia de uno de los presupuestos procesales (competencia del juez, capacidad procesal de las partes y requisitos esenciales de la demanda), o de una de las condiciones de ejercicio válido de la acción (legitimidad e interés para obrar), con la finalidad de paralizar y subsanar algún vicio procesal o, en su caso, extinguir la relación jurídica procesal».

## 2.4. La jurisdicción

Etimológicamente, jurisdicción proviene de *iuris-dictio*, conjunción de dos vocablos latinos: *iuris* = 'derecho' y *dicere* = 'acción de decir'. Entonces, se define así, en una primera instancia, como la acción de decir derecho.

Al existir innumerables definiciones, muchas de ellas equivocadas, la mejor manera de clarificar esto es recurriendo a la teoría general del proceso. En ese sentido, a efectos académicos, propondremos una definición de jurisdicción, más que para definir exactamente la institución, para descartar lo que es lejano a ella.

En principio, debe entenderse que existen claramente denotadas dos acepciones comúnmente marcadas en torno a la jurisdicción.

- i. Por un lado, aquella lata que la entiende como toda declaración válida de derecho que se efectúa con arreglo a una atribución preestablecida y que, en primer orden, corresponde al Estado en uso de su inherente atribución de *iuris imperium*. Esta consistiría tanto en la formulación de relaciones jurídicas de derecho material, a través de la normatividad legal en su sentido formal expedidas por el órgano legislativo, como por las disposiciones legales en su amplio sentido material expedidas por el órgano ejecutivo y que también constituyen relaciones jurídicas de carácter material, hasta llegar al órgano jurisdiccional, en donde primordialmente cobra vigencia mediante el establecimiento o restablecimiento de las relaciones jurídicas esencialmente subjetivas, a través de la composición de la *litis* en la declaración de certeza (Monroy y Quiroga, 1982, p. 55).
- ii. Por otra parte, tenemos la aceptación particularizada que limita su conceptualización únicamente a la «Potestad de ejercer la administración de justicia, determinándose el derecho material aplicable a un caso concreto de manera definitiva» (Monroy y Quiroga, 1982, p. 55).

Así, consideramos que el adecuado concepto de la jurisdicción dentro de la ciencia del proceso se contrae a lo segundo, donde al Estado le corresponderá la potestad de cautelar la vigencia y eficacia de las relaciones jurídicas establecidas defendiendo su presunción de justeza, correspondiéndole tal función de modo privativo al órgano jurisdiccional. El concepto enunciado condensa la vastedad del término: derecho público, división de poderes, imparcialidad, autonomía, composición de la *litis* en un caso concreto y cosa juzgada. Al Estado constitucionalmente se le reserva de modo singular la potestad jurisdiccional, de modo que cabe afirmar que todo juez, por el hecho de serlo, está investido de autoridad jurisdiccional. No es correcto, pues, hablar de falta de jurisdicción, ausencia de jurisdicción o pérdida de jurisdicción, salvo en los casos en que se carezca del respectivo nombramiento, renuncia o cese, como era el caso del supuesto de hecho contenido en el primer inciso del artículo 1085 del Código de Procedimientos Civiles de 1912.<sup>6</sup> En cambio, un ejemplo de una defectuosa denominación aparece en el inciso segundo del mismo artículo, donde se denomina jurisdicción a lo que en puridad es competencia, ejemplo que lamentablemente no es casual ni excepcional.<sup>7</sup>

## 2.5. La competencia

Los conceptos de jurisdicción y competencia están estrechamente relacionados, sin que ello implique que sean sinónimos o equivalentes. Así, podremos decir que a todo juez, por el hecho de serlo, le corresponde *in genere* el atributo jurisdiccional, mas no todo juez es competente para el caso concreto,

<sup>6</sup> El artículo 1 del TUO del Código Procesal Civil señala: «La potestad jurisdiccional del Estado en materia civil, la ejerce el Poder Judicial con exclusividad. La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la República». No creemos que esta definición sea la más acertada y fiel al concepto jurisdicción.

<sup>7</sup> La sección primera, título II, capítulo 1 (artículos 8 al 34 del TUO del Código Procesal Civil) desarrolla el concepto de competencia dentro del ámbito civil.

de donde se infiere que la potestad jurisdiccional solo puede tener eficacia jurídica cuando es ejercida competentemente (Monroy y Quiroga, 1982, p. 59).

Para Chiovenda, la competencia es el conjunto de las causas en que, con arreglo a ley, puede un juez ejercer su jurisdicción y la facultad de ejercerla dentro de los límites en que está atribuido (citado por Peña Dueñas, 1973, p. 44).

Ahora bien, la competencia se sustenta en razones de orden práctico y funcional que son propias del derecho procesal como, por ejemplo, la territorialidad, la jerarquía, la temporalidad, la especialización, la distribución del trabajo, etc. Así, la competencia no será otra cosa que la jurisdicción válidamente ejercida, es la capacidad de declarar derecho, del ejercicio jurisdiccional en el caso concreto, de manera válida, predeterminada por la ley y en forma definitiva.

## **2.6. *El órgano jurisdiccional***

De acuerdo a nuestra organización constitucional, sustentada en las teorías liberales del Estado propiciadas tanto por Locke como por Montesquieu, el poder público republicano descansa sobre la división de los poderes o de las funciones de los órganos constitucionales, como se entiende ahora. A este efecto, existen los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial o jurisdiccional.

Precisamente, las atribuciones del órgano jurisdiccional (por su propia naturaleza de parte integrante del Estado) se encuentran contenidas, en lo básico, en la Constitución y, en lo particular, en la Ley Orgánica que lo desarrolla, así como en los tratados internacionales que se vinculen imperativamente con el quehacer jurisdiccional —sobre todo en la defensa de derechos fundamentales— en las demás leyes y normas legales que lo desarrollan. Su naturaleza es, por tanto, de carácter profunda y esencialmente constitucional, de la misma importancia que la vigencia y función de los otros órganos del Estado donde la condición más importante para el eficaz cumplimiento de sus privativas funciones está constituida por la independencia política y autonomía administrativa.

## **2.7. *Principios procesales***

Comoquiera que el proceso no es una construcción estática, sino dinámica, viviente, de actos lógicos realizados por sus protagonistas, tales actos se hallan sometidos a los principios lógico-jurídicos, denominados como principios formativos (Millar, 1945), y que son conceptos de orden general que definen el modo de ser del proceso en toda extensión. Estos principios se distinguen de las garantías y de la normatividad procesal, pues las primeras provienen de la esfera constitucional como medio de defensa de los derechos constitucionales, mientras las segundas son las disposiciones señaladas taxativamente en la normatividad procesal a efectos del perfeccionamiento y ejecución de los actos jurídico-procesales. Los principios procesales son, pues, categorías abstractas cuya finalidad es otorgar racionalidad al proceso.

La reunión al interior de una estructura procesal de un conjunto determinado de principios procesales da origen al procedimiento, otorgándole tipicidad. Así, el proceso es el género y el procedimiento su especie determinada y determinable. Estos caracteres típicos se encuentran enunciados doctrinariamente, en forma antitética, de la siguiente manera: a) escritura y oralidad; b) mediación e intermediación; c) concentración y fraccionamiento; d) publicidad y reserva; e) preclusión y permanencia; f) formalidad y economía procesal.

A esta clasificación se le ha agregado la que resulta de las especialidades de la ciencia del derecho, y así resulta: cognición civil, cognición penal, cognición laboral, cognición agraria, cognición de familia, jurisdicción voluntaria, ejecución forzosa, providencias cautelares, etc.

## 2.8. *Los principios básicos del proceso*

- a) **Bilateralidad:** este es, posiblemente, el de mayor importancia, pues sin él no podría conceptualizarse el proceso en sí mismo. Se le entiende como la actividad que se ejerce dirigida a estimular al órgano jurisdiccional, propiciando el pronunciamiento jurisdiccional *meritum causae* con la necesaria participación del destinatario de la pretensión hecha valer. Por ello, Calamandrei (1962) señala que el principio bilateral del proceso no es, en sustancia, más que una consecuencia de la bilateralidad de la acción.
- b) **Contradicción:** derivado del principio de la bilateralidad, se le entiende por el derecho de cada parte para pronunciarse por sobre los actos de su contraria o por sobre los del órgano jurisdiccional, sean estos alegatos, peticiones, objeciones, declaraciones, etc.
- c) **Adquisición:** para Alsina (1961), básicamente, este principio de la procesal evita la duplicidad de la prueba contribuyendo a la celeridad del juzgamiento. En ese sentido, los actos jurídico-procesales, que son objeto de la ejecución procesal, deben beneficiar a todas las partes por igual, permaneciendo inmutables una vez que se han constituido válidamente.
- d) **Preclusión:** la división del proceso en fases o etapas del procedimiento, a modo de compartimientos estancos, se denomina preclusión procesal, que significa no solo la amenaza de caducidad, pérdida o consumación de una determinada facultad de proceder, sino que la organización misma del proceso en estadios se va cerrando o clausurando en su continuidad, dando paso a los siguientes, sin lugar a retracción.
- e) **Impulsión:** el órgano jurisdiccional debe ser siempre requerido a impulso de parte, esto es, por el titular de la relación jurídica afectada, a fin de obtener que aquel se pronuncie sobre esta, excepto en los casos que la ley autoriza u ordena expresamente una actuación de oficio, lo que constituye una cada vez menos frecuente excepción en materia civil.
- f) **Eventualidad:** denominada también de la acumulación eventual y confundida por muchos con la preclusión, se caracteriza por la oportunidad y pertinencia de la participación en el proceso. En efecto, comoquiera que el proceso está dividido en compartimientos o estadios, formando en conjunto un procedimiento determinado, los protagonistas del mismo deben actuar *in extenso* en cada etapa con arreglo a la pertinencia de la misma. La eventualidad de estadio procesal origina la preclusión, de donde se concluye que esta es consecuencia de aquella, lo que no es otra cosa que la ausencia de la impertinencia procesal.
- g) **Concentración:** referida a la unidad del proceso y a la del criterio del juzgador, propende a que el procedimiento de que se trate culmine en pocas actuaciones y en el menor tiempo posible, acumulando los actos jurídico-procesales para la pronta solución de la controversia.
- h) **Inmediación:** propende el mayor contacto entre el juzgador, en su condición de funcionario del órgano jurisdiccional, con las partes, en su calidad de protagonistas del proceso, a fin de lograr una mayor y mejor comprensión por parte del primero, de lo que es el objeto de la controversia de que se trate, y que los segundos puedan, igualmente, ejercer su correspondiente derecho de defensa en los términos más fieles posibles.
- i) **Oralidad:** entendida como el predominio de la palabra hablada antes que la escrita, se relaciona con los demás principios propiciando su realidad. Facilita la mediación, permite la adecuada identificación de los protagonistas del proceso, propicia la concentración, y establece la resolución conjunta de las cuestiones interlocutorias.
- j) **Escritura:** se establece a partir del carácter técnico del derecho y de las formas de comunicación y del conocimiento humano, que requiere de los escritos para una mejor comprensión

de los puntos en controversia dentro del conflicto judicial. Representa el carácter formalista del proceso.

- k) **Publicidad:** la publicidad como principio procesal se relaciona más estrechamente con la oralidad y puede ser general o parcial, esto es, público *erga omnes*, o *inter partes*. Esta situación, a su vez, admite que determinados actos procesales sean públicos, en general, y otros solo públicos, pero para las partes, sin llegar a la reserva o secreto, excepto cuando la ley o la Constitución así lo declaren o prevean.
- l) **Disposición:** por este principio se fijan los límites de la actuación válida del órgano jurisdiccional en mérito de la impulsión, sujetándola a las *iuris petitio* de las partes, de tal manera que no asiste validez al acto jurídico-procesal que no haya sido impulsado por las partes.
- m) **Inquisición:** permite la actuación protagónica y válida del juzgador a través de actos jurídico-procesales no pedidos directamente por las partes, con un mayor protagonismo e iniciativa *ex officio* del propio juzgador, a quien se dota de poderes para ello, donde este decide perfeccionar bajo su singular criterio en nombre del Estado y en búsqueda de la legalidad y de la verdad judicial para una mejor resolución de la controversia de que se trate.

## 2.9. Los presupuestos procesales

Al igual que ocurre con los principios del proceso, la realidad de los presupuestos procesales se halla condicionada a la existencia de ciertas generalidades. La teoría de la relación jurídico-procesal y de sus presupuestos, forma la base de todos los sistemas del proceso, siendo incontestable que a partir de Von Bülow, y no antes, es que comienza a formarse una ciencia propia del derecho procesal, que luego ha devenido en la teoría general del proceso (citado por Ferrero, 1980).

Así, se puede afirmar que los presupuestos procesales son aquellos requisitos, precedentes necesarios para el ejercicio de la acción, para el perfeccionamiento de la relación jurídico-procesal válida dentro de un proceso, y cuya ausencia deja a este sin la eficacia del caso, careciendo de objeto, por tanto, la acción de su contenido.

Adicionalmente, la Corte Suprema, a través de la Casación n.º 1901-2013-Lima, señaló que: En nuestro ordenamiento procesal civil se regula, lo que se denominan los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Los *presupuestos procesales* son requisitos, unos de orden formal y otros de orden material, para que se genere una relación jurídica procesal válida y para que, por consiguiente, exista un proceso válido.

Los presupuestos procesales unánimemente reconocidos como tales en la doctrina son:

- La *iuris dictio* competente, esto es, la preexistencia de un órgano jurisdiccional con posibilidad de perfeccionar actos jurídico-procesales válidos.
- La adecuada capacidad de las partes, esto es, la preexistencia de un elemento subjetivo necesario para el perfeccionamiento y validez del acto jurídico-procesal.
- La formalidad de la demanda, esto es, el ejercicio *ad solemnitatem* de la acción.

## 2.10. La tutela judicial efectiva

Por tutela judicial efectiva, concepto que proviene del derecho alemán, (*Rechtsschutzbedürfnis*), se entiende, en palabras de Couture (1978), la plena satisfacción efectiva de los fines del derecho, la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas (p. 479). Es sinónimo con el debido

proceso legal que proviene del derecho anglosajón, concretamente de la V (1791) y XIV (1868) Enmiendas que se han aprobado a la Constitución de los EE. UU., consolidando el instituto sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, como consecuencia directa del final de la guerra civil norteamericana. Fue una evolución del principio heredado del derecho anglosajón colonial, en virtud del cual toda persona tenía, antes de su condena, derecho a «his day in the Court», versión inglesa del derecho de audiencia español. El debido proceso legal o la tutela jurisdiccional efectiva suponen, en cada uno de estos casos, una elevación conceptual de estos grandes principios del derecho procesal hasta el siglo XIX.

¿Puede la ciencia procesal cooperar a la efectiva realización de la tutela judicial efectiva? La respuesta es absolutamente positiva, y para ello remitámonos al artículo 139 de la Constitución Política del Estado y al Título Preliminar del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Estos establecen las garantías de la administración de justicia, que no son otra cosa que principios, presupuestos e instituciones procesales que condensan ejemplificativamente a nivel constitucional dentro de lo que Fix-Zamudio describe como el derecho constitucional procesal, las garantías del debido proceso o *due process of law* del derecho anglosajón o *common law*,<sup>8</sup> que señala la justicia del proceso judicial —que aunque debiera ser una tautología no necesariamente lo es—.

Tutela judicial efectiva es, pues, la manifestación constitucional del debido proceso legal, las garantías procesales acordadas al justiciable para un acceso libre a un proceso justo e imparcial que decida por sobre sus derechos subjetivos y que otorgue a las relaciones sociales la necesaria paz social y seguridad jurídica del derecho. Y esto que empieza en el derecho procesal y que la ciencia del proceso recoge y desarrolla es, hoy por hoy, un derecho fundamental, uno de nuestros derechos humanos.

### 3. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE

#### 3.1. Origen y evolución del arbitraje

Como veremos, la práctica de someter el conflicto a otra persona, aceptando de manera adelantada y obligatoria la decisión, es anterior a la existencia de la administración judicial estatal. Fue con posterioridad, con el perfeccionamiento de la organización de la sociedad, que se permitió a la institución judicial jurisdiccional propiamente dicha como instancia encargada de la actividadesencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen moderno.

Históricamente, el arbitraje no nació como una alternativa a la facultad jurisdiccional del Estado moderno de derecho. Por el contrario, nació mucho antes que esta y constituye en realidad un antecedente al mismo, por lo que el arbitraje es —en realidad— parte de la historia inicial del proceso. Nació, si se quiere, como un proceso anterior o protoproceso. Sin embargo, pese a haber sido el antecedente fáctico del proceso, hoy es una fórmula procesal artesanal remanente, de marcados y perfiles propios en un ámbito específico del derecho procesal, pero que se sirve —qué duda cabe— de la teoría general del proceso.

Nace como una fase anterior al desarrollo del proceso jurisdiccional. Este se volvió una tarea exclusiva y excluyente del Estado luego de la formación del Estado-nación o Estado derecho a fines del siglo XVIII, de modo que el Estado se convirtió en el exclusivo *arbiter* de los conflictos sociales e individuales de sus ciudadanos.

Es común en la doctrina singular situar los orígenes del arbitraje como institución en el derecho romano. Posteriormente, se consolidó como institución a lo largo de la Edad Media y será reconocido en distintos cuerpos legales como el *Fuero Juzgo* en 1241 y, posteriormente, en las *Partidas* elaboradas

<sup>8</sup> Consagrado en las Enmiendas V y XIV de 1791 y 1868, respectivamente, de la Constitución de los Estados Unidos y que se entronca con la observancia de la ley de la tierra (*law of the land*) de la carta magna inglesa. Alcalá-Zamora y Castillo (1947, p. 222). Ver también: Quiroga (2014).

durante el reinado de Alfonso X. En 1812, con la promulgación de la Constitución de Cádiz, el arbitraje adquirirá rango constitucional, toda vez que su artículo 280 estableció: «No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por las partes» (Merchán Álvarez, 1981, p. 38).

El *Breviario de Alarico* nos presenta una regulación muy fragmentaria que refleja determinados aspectos característicos de la institución en el derecho romano posclásico, donde predominan claramente los rasgos jurídico-privados sobre los jurisdiccionales. Por ello, los árbitros elegidos por las partes solo podían emitir una decisión que carecía de fuerza ejecutoria, es decir, no constituía *res iudicata*.<sup>9</sup> Esto, lógicamente, no entorpecía la facultad que tenían las partes de estipular una pena contra el litigante que no quisiera someterse al dictamen de los árbitros y el correspondiente ejercicio de la acción *ex stipulatu* para reclamar la pena.<sup>10</sup> Una excepción a este principio general parece constituir la el arbitraje especial del obispo, *episcopalis audientia*, en el que está muy acentuada la naturaleza judicial del mismo.

Además, de estos cuerpos normativos se deduce una considerable equiparación entre la figura del árbitro y la figura del juez. Así, podemos afirmar que los árbitros, en líneas generales, son considerados por el legislador como unos jueces más. De este modo, en el Fuero Real solo tienen capacidad para juzgar los alcaldes, al margen de que hubieran sido puestos por el Rey o por avenencia de las partes.<sup>11</sup> En el *Espéculo* y en las *Partidas*, junto a los jueces puestos por el rey (de los que se realiza una larga enumeración) hay otros que son puestos por las partes.<sup>12</sup> Por eso cuando el maestro Jacobo en su *Doctrinal* nos habla «De los jueces ordinarios et quantas maneras son de judgadores»; afirmando: «que son tres los jueces maneras dellos. La primera es de los ordinarios. Et la segunda de los delegados. Et la tercera de los árbitros» (I, 2, único); y esta «tercera manera de judgadores [...] son los árbitros a que dizen en latín [sic] juez de avenencias» (I,4,1) (Ureña y Bonilla, 1924, p. 185).

En el *Liber Iudiciorum* no existe una regulación específica, pero se puede extraer un sistema de arbitraje de las normas del libro II, título I, dedicadas a «De iudicis et iudiculis», el cual se conserva en su traducción romance o Fuero Juzgo con leves modificaciones.<sup>13</sup>

La exaltación del individualismo decimonónico se manifestó en la Constitución de Cádiz, la que consideró al arbitraje como un derecho fundamental, elevado a rango constitucional. Pero, además, modificó puntos tan neurálgicos de la institución como los que se refieren al valor y apelación de las sentencias arbitrales.<sup>14</sup>

Desde fines del siglo XX, luego de la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de su propia justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde jueces particulares, a través de un laudo, resuelven una determinada controversia con toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial (Del Águila, 2011, p. 17).

<sup>9</sup> *Pauli Sententiarum* (*Breviario de Alarico*), 5,5,1; «inter partes [...] ex compromisso iud exsuntur rem iudicatam non facit» (Cfr. Conrat, 1963, p. 288).

<sup>10</sup> *Pauli Sententiarum* (*Breviario de Alarico*), 5,5,1: «sed si poenas inter eos promissasit, poenarei in iudicium deductae ex, stipulatu petipotes» (Cfr. Conrat, 1963, p. 288).

<sup>11</sup> *Fuero Real*, libro I, título VII, ley II: «Nengun ome non sea osado de judgar pleitos si non fuere alcale puesto por el rey, o si non fuere por placer de las partes, que lo tomen por avenencia para judgar algun pleito» (Real Academia de la Historia, 1836, p. 17).

<sup>12</sup> *Espéculo*, libro IV, título I, ley IV: «Los otros alcales que llaman de avenencia, que ponen amas las partes entre si en algún pleito» (España, 1849, p. 64). *Partidas*, III, 4,1: «E sin todos aquestos (los que son puestos por el rey), y ha aun otros (jueces), que son llamados en latín Arbitros; que muestra tanto como judgadores de aluedrio, que son escogidos, para librar algun pleyto señalado con otorgamiento de ambas las partes» (España, 1848, p. 38); *Partidas*, III,4,2, «Mas los otros Juezes de aluedrio non pueden ser puestos, sin non por auenencia de ambas partes, assi como suso es dicho» (España, 1848, p. 38).

<sup>13</sup> *Liber Iudiciorum*, libro II: *De negotis causarum* título I: *De iudicibus et iudicatis*, ley 15.

<sup>14</sup> Constitución de Cádiz (1812): Artículo 280: «No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes» (título V: «De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal», capítulo II: «De la administración de justicia en lo civil»). Sobre los efectos en el valor de la sentencia arbitral, véase el capítulo VIII, ap. 3.; y para las consecuencias que se produjeron en la apelación de la sentencia, véase el capítulo X., ap. 4.B.

De este modo, podemos afirmar que el arbitraje es cronológicamente anterior a las formas estatales de la administración de justicia. La práctica de someter el conflicto a otra persona, aceptando de manera adelantada y obligatoria la decisión es anterior a la existencia de la administración judicial estatal. Fue con posterioridad, con el perfeccionamiento de la organización de la sociedad, que se permitió a la institución judicial jurisdiccional propiamente dicha como instancia encargada de la actividad esencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen moderno.

Por tanto, a la luz de lo expuesto, podemos afirmar con plena convicción, que el arbitraje no nace propiamente de un contrato o convenio que lo viabilice o que le dé materialidad o concreción; nace, en verdad, del conflicto (y de las legítimas pretensiones de los contendores) y de la necesidad de mantener una solución pacífica a las controversias de los ciudadanos y sus empresas fuera del ámbito judicial ordinario, pero siempre con la tutela y anuencia del Estado de derecho que le otorga su autoridad de cosa juzgada. El convenio arbitral o el contrato de arbitraje serán tan solo una consecuencia de la existencia o previsión del conflicto en las relaciones humanas y sociales de los ciudadanos y sus empresas, y de la normatividad prevista o permitida por el Estado. Desde ese punto de vista, comparte el mismo origen, racionalidad y finalidad que el proceso judicial jurisdiccional reservado para la actividad jurisdiccional del Estado.

Por otra parte, su diferenciación está marcada por la mayor cercanía de las partes al manejo del esquema procesal del arbitraje; su mayor disponibilidad, lo que es aportado por las propias reglas, principios y postulados de la teoría del proceso; y, finalmente, la voluntad consensuada en el querer arbitrar, lo que no existe ni se requiere en el proceso jurisdiccional del Estado, en donde la comparecencia en el proceso sea siempre compulsiva.

#### 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido objeto de un largo debate desde hace mucho. En nuestra opinión, esto se debe —en gran medida— a que se ha abordado la institución fundamentalmente desde un ángulo de perspectiva civilista con evidente desconocimiento fundamental de los aspectos básicos que aporta la ciencia del proceso, pasando por alto los necesarios antecedentes de la noble institución arbitral y sin la literatura adecuada desde el campo del derecho procesal —sobre todo, de la teoría general del proceso—. En suma, se ha abordado al arbitraje desde el arbitraje mismo o desde su cara contractual, explicando cómo funciona, o cómo debiera de funcionar, sin haberse tomado en cuenta sus orígenes, sus antecedentes históricos ni la vertiente procesal de la cual deriva inexorablemente.

Este es un debate que aún no ha concluido y que tampoco es pacífico en la doctrina. Algunos «arbitrativistas» puristas se niegan siquiera a escuchar o a leer unas tesis diferentes. Se permiten denostar de quienes piensan diferente llamándolos «procesalosaurios»; sin embargo, denotan una franca carencia de lecturas y de bibliografía suficiente que les permita superar con acierto el pantano conceptual en el que han quedado atrapados.

No obstante, es posible identificar tres teorías relevantes actualmente vigentes: a) la contractualista; b) la jurisdiccionalista; y, otra no tan generalizada, c) la mixta o híbrida.

Al respecto, Mallandrich (2010) explica con acierto:

La doctrina se ha dividido tradicionalmente entre los partidarios de las llamadas teorías contractualistas y jurisdiccionalistas de la naturaleza jurídica del arbitraje. La teoría contractual del arbitraje es aquella que presta su atención en el elemento iniciador del arbitraje, en el convenio arbitral, que origina y funda el arbitraje. Para este sector doctrinal, en el que se debe destacar a Guasp Fernández, el laudo es la manifestación final del contrato inicial y, por lo tanto, este comparte la naturaleza contractual. Por su lado, los partidarios de la teoría jurisdiccional, aunque admiten que el convenio arbitral es el acto que da origen al arbitraje, indican que el elemento identificativo del arbitraje es la actividad que en él se desarrolla, que es de tipo jurisdiccional y los efectos que este produce, que son los propios de una sentencia judicial. (p. 65)



Por su parte, Merchán Álvarez (1981) sostiene que se aprecian simultáneamente caracteres diversos: unos propios del derecho privado, derivados de su origen contractual (afirmando que el arbitraje surge como consecuencia de un acuerdo de voluntades), otros propios del derecho procesal, derivados de la existencia de una controversia, de la resolución de la misma por un tercero imparcial, del procedimiento y efectos de la resolución que recuerdan los efectos jurisdiccionales. Por ello se formula las siguientes preguntas:

¿Cuáles de esas características son las predominantes?, ¿las jurídico-privadas y entonces lógico será pensar que nos encontramos ante una institución del derecho de obligaciones?, ¿las procesales y entonces nos hallamos ¿fundamentalmente ante una figura jurisdiccional? O ¿existe un equilibrio entre ambas características? (p. 38)

#### 4.1. La teoría contractualista

La teoría contractualista solo ubica al arbitraje como nacido de una relación contractual. Es decir, nace del pacto arbitral, de la cláusula compromisoria, del compromiso arbitral o, como genéricamente se le denomina ahora, de la cláusula arbitral o convenio arbitral. Esto supone desechar por completo que el arbitraje esté siempre supervisado por el Estado, y desdeña sus antecedentes o el que su método se asemeje al proceso judicial. De este modo, es una visión tradicionalista del arbitraje que le escinde por completo del proceso judicial como si fuesen realidades diferentes y hasta opuestas. Esta teoría solo pondera la autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje, a despecho de que su realidad, su naturaleza y sus consecuencias (cosa juzgada o *res indicata*) son reconocidas por el Estado como una institución de derecho público.

La teoría contractual entiende que el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, tiene un origen y una clara naturaleza contractual (acuerdo de voluntades). Así, el arbitraje nace y se desarrolla a partir del contrato. En otras palabras, el arbitraje es hijo del contrato.

En el Perú, Bullard (2013) es un claro defensor de esta teoría:

Decíamos que el arbitraje es, finalmente, un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso más que una delegación de la justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias. (p. 61)

En respuesta a esta tesis, Cantuarias y Repetto (2014) sostienen:

[E]l principal problema [...] con esta teoría es que desconoce que el arbitraje también depende del reconocimiento estatal. En efecto, esta teoría desecha algo trascendental: la necesidad del respaldo del Estado. Si el Estado no reconoce el arbitraje, el laudo no tendría otro valor que el de un simple contrato. Es más, sin el respaldo del Estado, [...] las actuaciones arbitrales difícilmente culminarían en un laudo. En efecto, no es difícil imaginar que una de las partes iría al Poder Judicial cada vez que quisiera paralizar el arbitraje. Basta con ver cómo son los arbitrajes en los países que no siguen los principios de la Ley Modelo Uncitral para comprobar la ineficacia del arbitraje. (p. 101)

Así, según la teoría contractualista —con la que discrepamos—, los orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes. El corazón de esta corriente de opinión consiste en que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral, ya que reflejan el carácter contractual del arbitraje, siendo los mismos un conjunto de actos contractuales privados. De este modo, quienes siguen esta teoría equiparan el arbitraje a un contrato privado, mera manifestación de voluntad de las partes de la relación jurídica.

Consagran la génesis del arbitraje al contrato compromisorio, con la premisa de que, del mismo modo que las partes pueden transigir sus controversias, pueden también comprometerlas en un arbitraje en los supuestos de disposición de sus derechos, obligándose a aceptar la resolución que estos terceros adopten.

Esta tesis contractualista se sitúa en el ámbito del derecho privado. Por ello, como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, también es privada su función y son de derecho privado las relaciones que se engendran, al igual que el laudo que se dicta. Estas son consecuencias lógicas, pues si quien nombra los árbitros y determina los límites de su oficio no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del Estado, sino solo el interés privado, entonces se deduce que las funciones de los árbitros no son funciones públicas, sino privadas, que las relaciones entre estos y las partes son relaciones privadas, juicio privado y no sentencia, el que de ellos emana (Roca Martínez 1992, p. 41).

Por su parte Chiovenda (1954), en clara discrepancia con la teoría jurisdiccional, argumentó lo siguiente:

La opinión sostenida por algunos escritores y dominante en la jurisprudencia que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional me parece profundamente equivocada. Basta observar que el carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de poder que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etc. Precisamente, esta absoluta falta de poderes impide equiparar el arbitraje a uno de aquellos casos en que al particular le son confiadas funciones públicas porque al particular en estos casos le son conferidos por la ley los correspondientes poderes. El carácter del arbitraje consiste precisamente en esto: la ley deja libres a las partes que son las que conocen las condiciones y exigencias del caso concreto, de acordar que la materia lógica para la decisión se prepara sin uso de poderes jurisdiccionales. (pp. 91-92)

En suma, esta teoría asume que las partes intervinientes en una determinada relación jurídica deciden, ante la existencia de un conflicto entre las mismas, o en previsión de que se pueda ocasionar un conflicto, que este será resuelto no a través del sistema estatal de resolución de controversias, sino mediante la decisión de una o varias personas privadas. En el derecho español, a nivel contractual, este pacto entraría dentro de la esfera del artículo 1255 del Código Civil según el cual «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, la moral, ni al orden público» (Gete Alonso, 2000, p. 535).

Pero el convenio arbitral no solamente implica la manifestación de la voluntad de las partes en el sentido de obligarse a acudir al arbitraje, sino que la ley le vincula otros efectos, son los llamados efectos positivo y negativo del convenio arbitral. El efecto positivo se refiere a la ya citada obligación de acudir al arbitraje, pero también la vinculación de las partes al resultado del arbitraje. El efecto negativo se refiere a la exclusión de la jurisdicción de los órganos judiciales para conocer de aquellas controversias que pertenezcan al ámbito material del convenio (Caballol Angelats, 1997, p. 37).

En otro nivel, la autonomía de la voluntad opera en el arbitraje, al igual que en el proceso civil, como elemento que determina la existencia del proceso. Para que un convenio arbitral sea válido y produzca los mencionados efectos positivo y negativo será necesario que en el mismo se manifieste la decisión de acudir al arbitraje, pero también que se indique la relación jurídica a la que afecte el convenio. Sin embargo, no es necesario en el momento de celebración del convenio que exista una controversia entre las partes. El surgimiento de la controversia es lo que determina que pueda iniciarse el proceso arbitral mediante una nueva manifestación de la voluntad, ya sea de ambas partes conjuntamente o de una sola. Las partes podrán ahora delimitar cuáles serán las concretas pretensiones que van a someter a la decisión del árbitro o de los árbitros y que van a constituir el objeto del proceso arbitral (Mallandrich Miret, 2010, p. 58).

#### 4.2. *La teoría jurisdiccionalista*

Esta teoría asume el arbitraje como uno de los tipos de proceso judicial cuyo esquema, configuración y fórmula vienen dados por el Estado y están dispuestas por la ley. Desde este punto de vista, el arbitraje sería tan solo una de las formas que puede adquirir el proceso, solo que más liberal y con mayor incidencia de la intervención de las partes, pero es asumido como un proceso dado y supervisado por el Estado. De este modo, sus consecuencias son dadas por el Estado (cosa juzgada o *res iudicata*) y susceptible de control (por la apelación, la impugnación o la nulidad de laudo) por las cortes de justicia ordinaria del Estado. Así, quienes siguen esta perspectiva desdeñan, a su vez, la enorme participación de la autonomía de la voluntad de las partes que se desarrolla en su interior.

Según Cantuarias, bajo esta corriente, la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional debido a que el origen de la institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar, y en ocasiones, idéntica.

Para esta concepción, el Estado tiene la función de controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Esto es así porque asume que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito por el Estado. Por consiguiente, si puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada o paralela que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal (Mallandrich Miret, 2010, p. 58).

En esa línea, Caivano (2000) ha enfatizado:

No existe razón lógica alguna para considerar que la misma función pueda variar según su naturaleza por el solo hecho de que varíe la calidad de la persona que la lleva a cabo. Ni las diferencias de metodología y de espíritu con que se lleva a cabo el arbitraje, ni la calidad de particular de los árbitros son causales suficientes para considerar diferente la función de fondo respecto de los jueces. Los árbitros revisten la calidad de verdaderos jueces, en tanto su misión es esencialmente igual, emitiendo un laudo que no tiene diferencias sustanciales con la sentencia de un magistrado, al punto de ser consideradas en absoluto pie de igualdad con aquellas al momento de su ejecución. (p. 98)

Por su parte, Charles Jarrosson, experto francés, propone entender que el arbitraje es una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellas, dicho tercero es un árbitro. Y sobre la figura del árbitro, otra importante tesis doctoral francesa propone el siguiente concepto: «el “árbitro” es un juez privado designado por aquellos quienes desean que resuelva su controversia». Otros expertos comparten la postura, por ejemplo, Rubellin-Devichi dice que el árbitro es un juez privado (Cfr. González de Cossío, 2008a, pp. 512-513).

Al respecto, Vidal Ramírez (2003) agrega lo siguiente:

Que el arbitraje es anterior a la organización formal de la administración de justicia y que en su origen no constituyó una alternativa, sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal. Así, pues, exponiendo el régimen procesal de la época clásica, hace referencia al arbitraje como una función juzgadora, un *iudicium*, ajena a un *imperium magistratual* y basada únicamente en el *officium* de particulares llamados a desempeñarse como árbitros según un contrato, en virtud del cual acordaban someter la cuestión controvertida a la decisión de un particular o árbitro. (p. 10)

En el derecho nacional, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. n.º 6167-2015-PHC-TC, caso Cantuarias, ha sostenido que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que lo

complementa, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. También ha planteado que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo, para la resolución de las controversias en la contratación internacional. Respecto a la naturaleza y característica de la jurisdicción arbitral, la Sentencia antes indicada señala que:

5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación».

[...]

8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido el Colegiado Constitucional: «[...] el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

Conflicto entre las partes.

Interés social en la composición del conflicto.

Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.

Aplicación de la ley o integración del derecho. [...]».

9. Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.

10. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio [sic], sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.

11. 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, prevista en el Art. 2, inc. 24, lit. 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.

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 el Tribunal Constitucional efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado, ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inc. 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

Si bien la cita anterior es extensa, nos permite observar cuál es la línea de razonamiento del Tribunal Constitucional y creemos, con todo fundamento, que para los efectos de este trabajo se justifica consignarla debido a la riqueza conceptual de su contenido, aun cuando no compartamos alguna de sus generalidades, aunque sí la principal conclusión.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República también se ha pronunciado sobre el arbitraje, estableciendo que es una jurisdicción excepcional y auténtica que goza de independencia e imparcialidad, que le corresponde —de acuerdo al convenio arbitral pactado por las partes— que el conflicto que se le someta a su competencia se resuelva vía arbitral. Todo esto de acuerdo con su interpretación concordada de los incisos 2 y 4 del artículo 139 de la Constitución, recogiendo la previa doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Así, ha señalado que:

TERCERO.- Que, el arbitraje es considerado como una jurisdicción excepcional dentro del contexto de la Constitución Política del Estado, y que goza de independencia e imparcialidad en su función, según lo ha considerado el Tribunal Constitucional en el Fund. 9 de la sentencia [...] 6167-2005-PHC/TC; considerando respecto de este extremo, en el Fund. 10, que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre de disposición, y sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación nacional o internacional. (Cas. n.º 635-2007-Lima)

#### 4.3. *La teoría mixta o híbrida*

En el medio de las dos teorías ya descritas se encuentra la teoría mixta o híbrida que consiste, básicamente, en una compatibilización de las teorías antes expuestas. Por un lado, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes como esencial, mientras que, por el otro, se debe tomar en cuenta que sin reconocimiento del Estado el arbitraje sería de poca utilidad. El arbitraje es, pues, para esta teoría, un acuerdo de voluntades (un contrato) que tiene efectos jurisdiccionales (Cantuarias y Repetto, 2014, p. 104).

Los aspectos medulares de la teoría contractual (el carácter contractual del laudo arbitral y el papel de los árbitros competentes designados para resolver la controversia) fueron objeto de una enérgica crítica. De la misma manera, la postura meramente jurisdiccional parecía incompleta en varios aspectos. Ante ello, se realizaron intentos para conciliar las dos escuelas de pensamiento. Pese a ser

totalmente opuestas, las teorías jurisdiccional y contractual pueden ser reconciliadas y así surgió la teoría mixta.<sup>15</sup>

De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional, pero carecen de poder judicial alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal, se limitan a resolver, con base en derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sino que la enriquece al convertirla en una institución híbrida (González de Cossío, 2008b, p. 15).

#### 4.4. *Nuestra posición*

Consideramos que el arbitraje tiene una naturaleza clara y eminentemente procesal. De eso no nos queda duda alguna. Esto porque, bien revisada la historia del proceso, el arbitraje fue el antecedente histórico del proceso jurisdiccional que el Estado se ha reservado de manera exclusiva y excluyente para sí luego de la consolidación del Estado nación en el Estado democrático de derecho recién desde finales del siglo XVIII.

El proceso ha existido desde mucho tiempo atrás, casi desde el nacimiento mismo de la humanidad. Es decir, en la historia de la humanidad, la búsqueda de fórmulas pacíficas de solución de conflictos creó precedentemente al arbitraje (con el *arbitrator*) como una de sus expresiones, sobre todo en la fase de la extraordinaria *cognitio* del derecho romano. Esto ocurrió mucho antes del nacimiento del proceso judicial jurisdiccional, como hoy conocemos al proceso que provee el Estado para la solución de los conflictos de los particulares, o de los particulares hacia el Estado. Ese esquema fue desarrollado, ampliado y mejorado, hasta llegar a la fórmula moderna del proceso judicial jurisdiccional a cargo del Estado, que ha monopolizado la administración de justicia, sobre todo después del nacimiento del Estado nación. Sin embargo, debido a su utilidad marginal, el arbitraje quedó como un remanente entre los diversos modos de solución pacífica de controversias (como la transacción, la conciliación y la mediación), solo que el arbitraje —al tener una estructura heterocompositiva (trilateral)— se asemeja o remeda (o ha sido remedado) por el proceso judicial jurisdiccional del Estado.

Pero lo anterior no significa disminuir o minusvalorar la esencia del arbitraje; todo lo contrario, creemos que esta posición más bien lo enriquece ampliamente. Y esto es más claro aún cuando se analiza y comprende que el origen del proceso y del arbitraje es uno común: el conflicto. Ambos tienen por finalidad darle solución en forma pacífica y de ello se deriva —en común— una fórmula pacífica de solución al mismo. Esa fórmula, cuando median derechos de libre disponibilidad y la voluntad de ambas partes puede derivar hacia el arbitraje, que será un proceso (proceso al fin) especial, singular, faccionado para el caso, más breve, más seguro, confidencial, como mayor manejo de la voluntad de ambas partes (por su método contractual y la contractilidad de su consecuencia metodológica), pero necesariamente más caro para las partes. Sin embargo, allí cuando no haya voluntad común o no existan derechos en disputa que sean de libre disponibilidad, entonces el arbitraje no podrá ser utilizado y devendrá en improcedente, dando paso a la única solución que hoy ofrece el moderno Estado de derecho: el proceso judicial jurisdiccional bajo su monopólico manejo.

Por eso es que asumimos enfáticamente, como premisa esencial de este trabajo, que el arbitraje responde a una naturaleza procesal, solo que se desarrolla flexibilizada por la voluntad de sus partes bajo la autorización y supervisión de la ley del Estado y de sus órganos jurisdiccionales que actuarán

<sup>15</sup> «Esta teoría fue desarrollada por el profesor Sauser-Hall en su reporte al Institut du Droit International en 1952, en el cual argumentaba que el arbitraje no podía apartarse de los sistemas jurídicos, tenía que existir algún derecho que pudiera determinar la validez del sometimiento al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo. Reconoció que cada arbitraje tiene su origen en un contrato privado y que los árbitros designados y las reglas para regir el arbitraje dependen en forma primaria del acuerdo de las partes. Por consiguiente, sostenía que existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados en forma indisolubles» (González de Cossío, s. f., p. 15).

en supletoriedad al arbitraje, conforme a la ley de la materia. Por eso es que la jurisdicción del Estado cederá paso (por incompetencia) frente a un arbitraje bien perfeccionado conforme a ley y su resultado evitará que se pueda replicar lo juzgado en el arbitraje en un posterior juicio del Poder Judicial, como consecuencia del efecto de cosa juzgada<sup>16</sup> (*res iudicata*, institución de orden público) que el Estado —precisamente— le atribuye y reconoce al laudo arbitral.

## 5. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

La legislación peruana conoció el arbitraje desde antiguo, aunque su forma de regularlo demostró carencia de bondad técnica. La forma histórica en que se incorporó en nuestra legislación refleja el desconocimiento de su realidad y naturaleza jurídica, así como desdén académico por analizarlo y ubicarlo en el desarrollo del derecho procesal en general. Por ello es necesario revisar el *iter* legislativo sobre la materia, para ver cómo es que ha sido regulado históricamente desde el nacimiento de la República.

### 5.1. *El Código de Enjuiciamientos en materia Civil (1852)*

El primer antecedente del arbitraje en la legislación peruana se halla en el Código de Enjuiciamientos en materia Civil del Perú de 1852. Esta norma fue promulgada en el proceso de codificación en la nueva república durante la presidencia de don José Rufino Echenique, casi al mismo tiempo que lo fue el Código Civil de 1852. Estos cuerpos normativos representan las primeras dos grandes codificaciones luego de la independencia del Perú que, paradójicamente, se manejó, hasta entonces, con las leyes heredadas de la colonia en la necesidad de una aplicación de reglas jurídicas para la continuación de la sociedad. Es decir, la independencia del Perú como nación republicana se dio a mediados de 1821, pero durante las tres primeras décadas las principales reglas civiles y procesales fueron las heredadas de la época colonial.

Mientras el nuevo Código Civil de 1852 fue casi una copia del *Code* napoleónico francés, el Código de Enjuiciamientos en materia Civil del Perú de 1852 tuvo una gran influencia (si es que no fue también copia) del proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que se terminaría en 1854 y que recién entraría en vigencia en 1855.

<sup>16</sup> Al respecto, las diversas legislaciones extranjeras señalan, por ejemplo, que el laudo produce los efectos de cosa juzgada, de la siguiente forma:

La Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) señala que:

Artículo 43.- «Cosa juzgada y revisión de laudos

El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

La Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador (Ley 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997) señala:

Artículo 32.- «Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. [...]

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo».

La Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) señala:

Artículo 43.- «Cosa juzgada y revisión de laudos

El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

La Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador (Ley 000. RO/145 de 4 de septiembre de 1997) señala:

Artículo 32.- «Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. [...]

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo».

La Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras (Decreto 161-2000):

Artículo 71.- «Efectos del laudo

El laudo arbitral firme produce efectos de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo en la misma forma y términos establecidos en el Código de Procedimientos Cíviles para las sentencias judiciales».

La Ley de Arbitraje y Conciliación de Bolivia (Ley 1770):

Artículo 60.- «Ejecutoria y efectos

El laudo ejecutoriado tendrá valor de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y será de obligatorio e inexcusable cumplimiento desde la notificación a las partes con la resolución que así lo declare».

En el Código peruano se reconoció al arbitraje en la sección primera «De la jurisdicción», título primero, «De la jurisdicción y sus especies», estableciendo en su artículo 2 que «Ejercen también jurisdicción las personas que los interesados nombran, conforme a este código, para que como árbitros conozcan en algún negocio particular». Por su parte, en el título cuarto, «De los jueces árbitros», en el punto 57 se señaló: «Pueden decidirse por medio de jueces árbitros todas las controversias de los litigantes que la ley no excluye expresamente».

### 5.2. *El Código de Procedimientos Civiles (1912)*

El Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 fue derogado y reemplazado por el Código de Procedimientos Civiles, a inicios del siglo XX. Este comenzó a ser redactado en 1905 por una comisión gubernamental y se concluyó en 1911, junto a un proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y de Ley del Notariado. Aprobado en 1911, tuvo una *vacatio legis* y entró en vigencia el 28 de julio de 1912. Es por eso que se le conoce como el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Este Código contiene una pobre regulación del arbitraje bajo el epígrafe «Juicio arbitral», contenido en el título V de su sección segunda. Allí se consignaba en su original artículo 548 que «[t]oda controversia, sea o no materia de juicio, puede someterse a la decisión de uno o más árbitros. El número de estos será siempre impar».

Luego, los artículos 549 a 582 desarrollaron el proceso de formalización judicial forzosa del proceso arbitral cuando este hubiere sido pactado de antemano y las partes no cumplieran o rehusaran con formalizarlo. Además, se regularon los requisitos de la materia arbitrable, la capacidad para conferir válidamente este, la imposibilidad del arbitraje de las pretensiones del Estado y demás instituciones de carácter oficial, la formalidad del compromiso arbitral o del compromiso para arbitral, la sede, el carácter de equidad o de derecho, las condiciones para recurrir, las causales de anulación del laudo y la manera de conformación del mismo en defecto de la aceptación de las partes.

Asimismo, esas reglas resultaban aplicables por supletoriedad a todo proceso arbitral instaurado en defecto de norma arbitral expresa y, por vía de conexión, a todo el *corpus iuris* mismo del Código de Procedimientos Civiles de 1912. En especial las normas del entonces denominado juicio ordinario, que era el esquema procesal más lato que dicho ordenamiento legal preveía para el *proceso de cognición* (proceso de conocimiento).

### 5.3. *El Código Civil de 1936*

Veinticuatro años más tarde entró en vigencia el Código Civil de 1936, que guardó silencio absoluto sobre el arbitraje. En efecto, ninguna de sus estipulaciones de obligaciones o del derecho de los contratos hizo referencia a este instituto, ni en lo procesal ni en lo sustantivo.

### 5.4. *La Constitución Política de 1979*

Fue recién en la Constitución Política del Perú de 1979, vigente desde el 28 de julio de 1980 hasta el 31 de diciembre de 1993, donde por vez primera se hizo referencia expresa al arbitraje a nivel constitucional. En efecto, esta Carta política definió la *jurisdicción arbitral* en su capítulo IX, reservado al Poder Judicial y a las denominadas *garantías constitucionales de la administración de justicia*. Ciertamente, la nomenclatura era controvertida y equívoca al suponer que el arbitraje también conforma o supone una jurisdicción de excepción —equiparable al fuero autónomo de la justicia militar—, y como si estuviese fuera del control judicial de los tribunales ordinarios. Esto no reflejaba ninguna bondad técnica ni tenía respaldo en doctrina procesal alguna. Por el contrario, tuvo como paradójico propósito *encerrar y definir* en el texto constitucional el arbitraje, a fin de forzar su regulación legal por el legislador y su respeto por parte de la administración de justicia estatal.



### 5.5. *El Código Civil de 1984*

El Código Civil de 1984, que entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año, derogando el Código Civil de 1936, trajo como novedad la referencia a la cláusula compromisoria y compromiso arbitral entre sus artículos 1906 y 1922 —dispuestos en su título XI de la sección segunda, «Contratos nominados», de su libro VII, «Fuentes de las obligaciones»— y que fueron posteriormente derogados.<sup>17</sup>

Es importante observar que la Comisión Revisora del Código Civil, que trabajó por varios años para reformar el principal cuerpo jurídico civil y no contó con ningún procesalista, se abocó a legislar sobre esta institución. En tales condiciones ni se le reconoció ni se le aceptó carácter procesal alguno, desconociéndose la esencia de su naturaleza jurídica.

Así, en los artículos 1906 a 1908 (capítulo primero, «Cláusula compromisoria»), se regulaban las características (como *contrato preliminar*) y la formalidad (pacto principal o estipulación accesoria, pacto a futuro y materia arbitrable), así como su efecto vinculante ante el Poder Judicial.

Por otro lado, entre los artículos 1909 a 1922 (capítulo segundo, «Compromiso arbitral») se regulaba el compromiso arbitral, su naturaleza, definición, solemnidad (por escrito), tanto para casos fuera de proceso como cuando se hacía dentro del proceso (petición escrita suscrita por ambas partes con firmas legalizadas por el secretario de la causa). Asimismo, su contenido, sanciones en caso de incumplimiento, libertad de los árbitros para fijar las costas, materias no arbitrables (en el caso del Estado y sus bienes, con excepción de las empresas de derecho público o estatales o de economía mixta, en cuyo caso el compromiso arbitral debía ser previamente aprobado por resolución suprema), la regulación del arbitraje de derecho o el de conciencia (presumiéndose, a falta de acuerdo expreso en contrario, que el arbitraje debía de ser de derecho), la obligatoriedad de designar árbitros letrados reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico peruano, necesariamente abogados.

Esto último se exceptuaba en el caso de los árbitros de conciencia o equidad (que el Código denomina impropriamente, con evidente confusión, «amigable componedor»), donde la designación podía recaer en personas naturales nacionales o extranjeras mayores de 25 años con pleno ejercicio de sus derechos civiles. En cualquier caso, el número debía ser impar. Además, se regularon los impedimentos para ser árbitro —el funcionamiento del tribunal arbitral colegiado—, las obligaciones y deberes básicos de los árbitros y las causales de extinción del compromiso arbitral. Sin embargo, y en forma contradictoria, se termina esta regulación con una referencia genérica a la aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles de 1912 al proceso arbitral en aquello no previsto por el Código Civil. Esto, sin duda alguna, restó técnica y eficacia a toda esta regulación que —siendo más avanzada que su predecesora— estuvo lastrada por esta sujeción procedimentalista y por el fraccionamiento del convenio arbitral entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Si bien, sobre todo a partir de la nominación constitucional en la carta política de 1979 y su posterior regulación en el Código Civil de 1984, se dio un novedoso impulso y le puso en la palestra de las instituciones jurídicas al servicio de los justiciables, fueron notorios sus defectos conceptuales y las limitaciones en su desarrollo.

Comentario aparte merece el artículo 1914, actualmente derogado, pues constituye una disposición eminentemente procesal (inserta indebidamente en un Código sustantivo) que amerita una segregación individual: «Artículo 1914.- La existencia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral puede ser invocada como excepción por cualquiera de las partes».

<sup>17</sup> Fueron derogados por la primera disposición final del Decreto Ley n.º 25935 denominada Ley General de Arbitraje. Posteriormente, esta norma fue, a su vez, sustituida *ad integrum* por una nueva Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572). Finalmente, esta también fue derogada por el Decreto Legislativo n.º 1071, denominado Ley de Arbitraje, el cual ha sufrido importantes modificaciones recientemente a través del Decreto Legislativo n.º 1231.

Resultan evidentes las limitaciones técnicas de esta previsión procesal, que da el mismo pie de igualdad a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, no obstante que la propia normatividad del Código Civil las trata como diferentes.

Por otro lado, el Código creó una excepción adicional a las que traía el ya el catálogo de excepciones del Código de Procedimientos Civiles de 1912, e incluso a las que luego reformuló el novísimo Código Procesal Civil de 1993, en vigencia hasta la actualidad a través de un texto único ordenado. Esto significó un grave error conceptual y escasa técnica procesal para semejante regulación.

Para empezar, ninguno de los miembros de la comisión que revisó el código en este apartado era experto en derecho procesal y —en el ánimo de hacer respetar el arbitraje y *blindarlo* frente al Poder Judicial o a su jurisdiccionalización— no se les ocurrió mejor idea que expresar que la existencia de un pacto arbitral podía ser invocada como «excepción procesal» si es que alguna de sus partes, desconociéndolo, recurría al Poder Judicial y no al inicio del proceso arbitral como había sido pactado por esta misma parte. Entonces, ante la manifiesta incompetencia material del juez de esta demanda, la parte demandada podía invocar el pacto arbitral en vía de excepción procesal para detener el proceso judicial y obligar al demandante a retomar el cauce arbitral.

Entonces no hacía falta crear una nueva figura procesal inexistente (excepción arbitral), confusa por lo demás, pues hubiese bastado regular que «la existencia de la cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral válidamente otorgado determina la incompetencia por razón de la materia del juzgador ordinario». El problema de este error conceptual es que lo mismo se hubiese logrado con una adecuada técnica procesal si en vez de crear una nueva *excepción procesal*, la regla hubiese señalado lo siguiente: *la existencia de una cláusula compromisoria, de un compromiso arbitral o de un convenio arbitral, da lugar a la excepción de incompetencia ante el juez que pretenda conocer una materia que ha sido previa y lícitamente sometida a un arbitraje por las partes del proceso judicial*.

Por otro lado, como ya se anotó, no deja de llamar la atención que sea el Código Civil el que cree una supuesta nueva figura de *excepción procesal* —en este caso, fue llamada *excepción de arbitraje*—, que es de aplicación en un proceso judicial y que no guarda relación técnica con las excepciones materia de un proceso judicial.

De acuerdo a esta normativa, la existencia de un pacto arbitral o de un compromiso arbitral (cualquiera sea su naturaleza o la denominación que reciba) determina la incompetencia material de la autoridad judicial ordinaria, que deberá ceder paso a la autoridad arbitral nominada por la voluntad de las partes que, con la expresa autorización legal, determina legítimamente que la controversia sea definitivamente resuelta por un tribunal arbitral, colegiado o unipersonal.

Ello genera de modo ineludible la incapacidad material (incompetencia por razón de la materia) del órgano jurisdiccional para dirimir válidamente tal controversia, en contravención a lo pactado de modo previo para que sea un tribunal arbitral el que, conforme al mismo pacto, se instale, resuelva la misma mediante un laudo, de modo definitivo y definitorio, con calidad de cosa juzgada (*res indicata*). Los actos procesales que realice la autoridad judicial en contrario al válido acuerdo expreso de las partes, en tal sentido serían, por ende, nulos de pleno derecho, siempre que ello se le haga saber en la forma o modo oportunos.

Por tanto, el legislador imaginó —con evidente ausencia de una apropiada técnica procesal— que había creado una nueva excepción para el proceso judicial —a pesar de que estaba legislando para el Código Civil— y que en verdad está destinada a defender la inexistencia o ausencia de un presupuesto esencial básico del proceso, denunciando la construcción de una inadecuada relación jurídico-procesal que determina la nulidad o improcedencia del proceso judicial.

Como ya se apuntó, la denominada *excepción de arbitraje* no es más que una variante de la *excepción de incompetencia absoluta* por razón de la materia, de modo que bastaría que la norma pertinente regulase que la existencia de una cláusula compromisoria o de un compromiso arbitral (hoy convenio arbitral)

da lugar a la excepción de incompetencia por razón de la materia, y se hubiese defendido el arbitraje con la misma fortaleza, pero con mejor entendimiento y técnica jurídica apropiada.

### 5.6. *La Constitución Política de 1993*

La Constitución de 1993, que derogó la Constitución de 1979 luego de un proceso político complicado y conflictivo, repite literalmente en este punto de nuestro estudio arbitral la formulación constitucional de su predecesora.

Entró en vigencia —luego de un polémico proceso de referéndum— el 31 de diciembre de 1993, manteniéndose vigente hasta la fecha. Esta Constitución se refiere al arbitraje en su artículo 139, inciso 1 (capítulo VII, «Poder Judicial»). Al igual que su antecesora, se denomina «Jurisdicción arbitral», como jurisdicción independiente, de excepción, al igual que la justicia militar. Como aquella fuera del control judicial de los tribunales ordinarios. Como ya se ha dicho con relación a la Constitución de 1979, sin reflejar bondad técnica, ni tener el respaldo en la moderna doctrina procesal, teniendo más bien como paradójico propósito «encerrar» y «definir» en el texto constitucional el instituto del *arbitraje*, a fin de forzar su regulación legal por el legislador y forzar a su respeto por parte de la administración de justicia estatal.

No se discute la importancia del arbitraje como tal, menos aún en la hora actual del casi total fracaso y colapso de los sistemas de administración de justicia en la sociedad contemporánea. Lo que criticamos sin ambages es que no se haya hecho de modo adecuado. Pudo hacerse esto quizá dentro de las mismas garantías constitucionales de la administración de justicia, por la necesidad de revalorar y relanzar el arbitraje como una forma pacífica de solución de controversias. Tal vez más pacífica incluso —si cabe la expresión— que el proceso judicial jurisdiccional, debido al manejo y presencia de las partes sobre su proceso, por la mayor confianza y certeza en la labor de los árbitros y, en suma, por ser un proceso *ad hoc* generado, creado y faccionado por las partes antes que el proceso judicial ordinario que en forma seriada ofrece el Estado hoy, no siempre con la bondad y resultados que la sociedad espera para la consecución de la ansiada paz social que tanto reclamó Couture (Quiroga León, 1986, p. 243 y ss.), más allá de la mera satisfacción de las partes interesadas en la composición del litigio o controversia.

### 5.7. *El Código Procesal Civil de 1993 y la primera Ley de Arbitraje (Decreto Ley n.º 25935)*

El Código Procesal Civil de 1993 originalmente reguló el arbitraje en el libro II: «Justicia arbitral». Pero ocurrió algo extraño nunca bien explicado: antes de que se cumpliera el periodo de la *vacatio legis* de este Código, sus postulados sufrieron importantes reformas. Entre las más llamativas se encuentra la supresión del referido libro sobre la justicia arbitral que fue extraído de la versión final del Código Procesal Civil de 1993. Por ello, cuando el Código entró en vigencia, sus postulados ya no contenían referencia alguna al arbitraje, como ocurre hasta la fecha. Así, lo referente al capítulo arbitral fue una legislación no nata en este código, que actualmente se regula a partir de un denominado Texto Único Ordenado que trata de justificar sus muchas reformas acaecidas desde su no nacimiento hasta la fecha.

Casi al mismo tiempo de que entrara en vigencia el Código Procesal Civil de 1993, durante la fase dictatorial más dura del gobierno de Alberto Fujimori, mediante Decreto Ley n.º 25935 se reemplazó todo el libro II del no nato Código Procesal Civil de 1993. Este decreto ley fue denominado *Ley General de Arbitraje* —con una regulación bastante más completa e integral que la regulación originalmente prevista en el libro II del Código Procesal Civil de 1993— y definió el *convenio arbitral* como un contrato previo y solemne (artículos 4 a 15). De este modo, dicha regulación superó y suprimió para siempre de nuestra legislación la antigua y clásica dicotomía entre *cláusula compromisoria* y *compromiso arbitral* que, en verdad, poca aplicación y utilidad tuvo en el tiempo de su vigencia de poco menos de nueve años.

Sus características más saltantes fueron las siguientes:

- a) La definición del *convenio arbitral* como un contrato previo, solemne (artículos 4 a 15).
- b) La determinación de que la integración o formalización judicial del arbitraje, y sus reglas, sobre la base de un convenio arbitral no honrado por las partes, debe hacerla el juez civil señalado por las partes, o el del lugar en donde esta deberá realizarse, o del lugar de celebración del convenio, o el del lugar del domicilio del demandado, o de cualquiera de ellos si fueran varios.
- c) La presunción de que, en defecto de pacto expreso, el arbitraje deberá ser de derecho.
- d) En cuanto a los árbitros (artículos 16 a 25), se establece que en el caso de los *arbitrajes de derecho*, estos deberán llevarse a cabo por árbitros letrados conforme a las leyes peruanas, debidamente colegiados (defensa cautiva).
- e) La prohibición de deferir a una sola de las partes la designación de la totalidad de los árbitros.
- f) En cuanto al proceso arbitral en sí mismo (artículos 26 a 34), se estableció la libertad de las formas.
- g) La posibilidad del *arbitraje administrado*, a cargo de instituciones especializadas para el efecto, frente al *arbitraje de partes*.
- h) La posibilidad de que el *proceso arbitral* concluya por conciliación, transacción, suspensión del proceso arbitral, renuncia al proceso arbitral y desistimiento del proceso arbitral (artículos 35 a 37).
- i) Competencia de los árbitros y su sistema de votación en el caso de los *tribunales arbitrales colegiados*.
- j) Las características del laudo (artículos 42 a 51).
- k) Los recursos apelación, cuando su procedencia haya sido pactada (artículos 52 a 54), sea ante una segunda instancia judicial, sea ante una segunda instancia arbitral expresamente pactada.
- l) El recurso de anulación de laudo (artículos 55 y 56), en las causales *numerus clausus* allí expresamente previstas.
- m) Las medidas cautelares y de ejecución del laudo (artículos 73 a 80).
- n) El arbitraje internacional (artículos 81 a 107), su definición y características; y
- o) El reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales provenientes de arbitrajes internacionales.

Sin embargo, a escasos tres años de vigencia, sin mayor explicación,<sup>18</sup> el Decreto Ley n.º 25935 fue íntegramente derogado y sustituido por la Ley n.º 26572.

---

<sup>18</sup> El auge del arbitraje empezó a generar doctrina, instituciones habilitadas, mayor cobertura y difusión. Esto motivó que su tarea se repartiera en el seno de la Comisión Revisora del Código Procesal Civil. Así, la mayoría se dedicó a este *corpus iuris* y una minoría al tema del arbitraje, en un pacto mutuo de apoyo. Esto es más evidente cuando se comparan los textos del libro II con respecto al propio Código Procesal Civil —p. ej. el Código Procesal Civil se presenta sumillado—, en tanto que su libro II no lo estaba, además de ser notoria una diferente redacción y utilización de conceptos procesales. Quizás ello explique el porqué de su escisión aun antes de que el Código Procesal Civil entre en vigencia. Luego de esta curiosa división del trabajo, una resolución ministerial del Ministerio de Justicia aprobó el denominado Texto Único Ordenado del Código Procesal en la versión que mayoritariamente rige hasta

### 5.8. *La segunda Ley de Arbitraje (Ley n.º 26572)*

La Ley n.º 26572, del 5 de enero de 1996, también denominada *Ley de Arbitraje*, fue dada en el intento de reconstitucionalización del segundo mandato de Alberto Fujimori y cuando ya estaba en vigencia la actual Constitución de 1993. Esta norma reguló nuevamente por completo todo el *proceso arbitral*, estableciendo la posibilidad de arbitrar las consecuencias patrimoniales de los fallos judiciales previamente expedidos para sustraer de la ejecución de una sentencia las materias que sean de libre disponibilidad de las partes interesadas. ¿Por qué ocurrió esto? Lo que siempre se ha sostenido es que ha habido hasta dos grupos de arbitrativistas de ideología diferente en cuanto a esta institución.

Cuando uno de ellos ha estado cerca del poder de turno (por ejemplo, en la época dictatorial de Alberto Fujimori, luego del golpe de Estado de 1992, se dio lugar a un tipo de normatividad). Cuando los otros han estado cerca de ese poder de turno en 1996, el péndulo se dio hacia el otro lado y se estableció una nueva regulación.

La actual regulación legislativa del arbitraje no ha estado, ciertamente, exenta de ello. Por eso es que la Ley de Arbitraje fue sustituida íntegramente de nuevo por el Decreto Legislativo n.º 1071 y a finales de 2015 ha sufrido algunas modificaciones por medio del Decreto Legislativo n.º 1231. Y eso se puede distinguir con mediana claridad en el tenor de sus postulados que van cambiando los aspectos sustantivos de la regulación normativa arbitraje y su concepción misma.

La segunda Ley de Arbitraje estableció disposiciones generales en sus ocho primeros artículos, resaltando lo siguiente:

- a) La posibilidad de arbitrar las consecuencias patrimoniales de los fallos judiciales previamente expedidos, para sustraer de la ejecución de una sentencia las materias que sean de libre disponibilidad de las partes interesadas.
- b) La regulación del *arbitraje del Estado*, con un cambio cualitativo a toda regulación pasada (p. ej. la regulación del *arbitraje* en el Código Civil de 1984), sin necesidad de autorización previa especial, entendiendo como Estado al Gobierno central y los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Se estableció que las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta podían acordar libremente, sin necesidad de autorización previa, someterse a arbitraje nacional, con relación a los contratos celebrados con nacionales y extranjeros.
- c) Se invirtió la presunción en el sentido de que a falta de pacto expreso el arbitraje debía ser de conciencia o equidad, a menos que expresamente se hubiera pactado el arbitraje de derecho. Y aun en este último caso, cuando el arbitraje versase sobre asuntos de carácter comercial, los árbitros debían tomar en cuenta los usos mercantiles aplicables a cada caso.
- d) Se excluyó, a falta de pacto expreso, la intervención del Poder Judicial, sometiéndose de modo exclusivo y excluyente a la denominada jurisdicción arbitral.
- e) Se reguló el arbitraje administrado a cargo de una institución arbitral, la que necesariamente debía instituirse como persona jurídica, dándose a la misma la facultad de nombrar árbitros, el procedimiento y demás reglas con las que administrará el arbitraje, de conformidad con su reglamento arbitral.

---

ahora —ya sin el libro II, «Justicia arbitral»—, y un decreto ley —norma legal con rango de ley que promulga el Ejecutivo, en la sede del consejo de ministros, en ausencia del Congreso Nacional en la fase dictatorial del Gobierno peruano en 1992, luego de un autogolpe de Estado institucional que dio paso al autodenominado Gobierno de emergencia y reconstrucción nacional—. Con esto se hace evidente que ni una ni otra norma se hubiesen podido dictar así, en tales condiciones, sin un apoyo explícito del Ejecutivo, sobre todo desde su Ministerio de Justicia, de aquella fase dictatorial, de consuno con los mentores de estas dos normas legales.

- f) Se abandonó definitivamente la diferenciación, clasificación y distinción de cláusula compromisoria y compromiso arbitral, para resumirse en un solo concepto: convenio arbitral, que resultó así regulado en los artículos 9 a 17.
- g) La solemnidad escrita del *convenio arbitral* se flexibilizó, ya que se señaló que por forma escrita no solo se entendería cuando este se celebrase por escrito, sino cuando resultase claro del intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia en que inequívocamente se dejase constancia documental de las partes de someterse a arbitraje. Ello era mucho más avanzado, aun cuando la norma señalaba que a pesar de no haberse formalizado el *convenio arbitral* respectivo, el mismo se entendía perfeccionado cuando una de las partes tomase la iniciativa de iniciar el arbitraje, bajo el conocimiento de uno o más árbitros, y la otra parte aceptase la misma, sea expresamente, sea tácitamente apersonándose al *proceso arbitral* sin objetar tal intervención, en una suerte de convalidación tácita retroactiva.
- h) El *convenio arbitral* podía tomar la forma de *cláusula accesoria*, o relación jurídica estándar, y era oponible y exigible, siempre que hubiera sido conocida o hubiera podido ser conocida por la otra usando la diligencia ordinaria, fuese en *cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión*. También se reconoció el arbitraje estatutario configurado por el convenio arbitral regulado por los estatutos o normas equivalentes en sociedades civiles o mercantiles, cualesquiera sea su denominación conforme a ley, asociaciones jurídicas y demás entidades colectivas. Se reguló, asimismo, el denominado *arbitraje testamentario* cuando así lo hubiese previsto el testador respecto de cualquier controversia surgida o por surgir entre los herederos testamentarios, o de terceros en relación con los bienes de la herencia.
- i) Se previó la separabilidad del *convenio arbitral* respecto del contrato o convenio que lo contenía, de manera que constituían pactos independientes donde la inexistencia, anulabilidad, nulidad, resolución, rescisión, etc., de este no afectaba a la existencia, validez o exigibilidad de aquel, inclusive para determinar válidamente las condiciones jurídicas del convenio o contrato que él contenía.
- j) Se insistió nuevamente en el concepto —errado, a nuestro criterio— de la denominada excepción de *convenio arbitral*, de manera tal que el desconocimiento en juicio ordinario de la existencia del convenio arbitral para la solución de la controversia sometida a la justicia ordinaria daba lugar a la oponibilidad de la *excepción de convenio arbitral*, válida de este medio de defensa. Vencido el plazo previsto para este, se entendía renunciado el derecho a invocarla y sin efecto alguno el convenio arbitral.
- k) Era posible la sustracción de la materia sometida al proceso judicial cuando las partes celebrasen, en el curso de la misma, un convenio arbitral que debía ser respetado por la autoridad judicial haciendo caducar el proceso de que se trate y cediendo paso a la instalación del tribunal arbitral de que se trate, bajo las reglas que se pactasen para este efecto.
- l) El capítulo de los árbitros estuvo regulado entre los artículos 18 a 32, siendo lo más destacable el que los árbitros podían ser personas naturales o personas jurídicas dentro de una plena libertad para el proceso de su nombramiento, siendo en este último caso nombradas, a su vez, como entidad nominadora, y cuando se trate de arbitraje de derecho, este debía recaer en abogados, sean nacionales o extranjeros, sin que estos últimos sean necesariamente abogados registrados en el territorio nacional.
- m) Se reguló, finalmente, un procedimiento judicial expeditivo para la designación judicial de los árbitros de la parte renuente a hacerlo, sin que quedase recurso alguno cuando el juez hubiese nombrado al o a los árbitros, y sí con efecto suspensivo cuando lo hubiese negado.
- n) El *proceso arbitral* se reguló entre los artículos 33 y 40, bajo el principio de que la *libertad de la regulación del proceso*, bajo el cumplimiento estricto del principio procesal de que la composición

de las partes prevalece por sobre la composición judicial, desmitificando el concepto de la irrenunciabilidad o el carácter público de las normas procesales, siendo alternativo el sometiendo a los reglamentos de las entidades autorizadas a llevar el *arbitraje administrado*.

- o) Se establecieron reglas básicas, de funcionamiento supletorio, de la tramitación del *proceso arbitral*. Dentro de esto, una regla esencial era la contenida en el artículo 39, en donde, además de la materia arbitrable que las partes conceden en el *proceso arbitral*, se estableció como norma de orden público la facultad inmanente de los árbitros de establecer los límites válidos de su propia competencia, incluyendo la posibilidad de determinar en ello la existencia o inexistencia, eficacia o validez del propio *convenio arbitral*. Esta facultad podía exigirse *ex officio*, pudiendo hacerlo como cuestión previa o reservarse, por decisión del propio *tribunal arbitral*, a la expedición del laudo, sin que fuese esta decisión susceptible de recurso alguno.
- p) También se estableció como regla genérica la posibilidad del tribunal arbitral de recurrir, aun las partes con autorización de este, a la autoridad judicial para requerir el auxilio judicial en la actuación de los medios probatorios.
- q) Las demás normas se referían a la posibilidad de conciliar o transigir ante los árbitros, quienes debían ser promotores de estas posibilidades, aun del desistimiento y de la suspensión temporal del proceso arbitral; la competencia de los *árbitros* y las mayorías para laudar válidamente; el laudo arbitral; los costos del arbitraje; los recursos, sea en una segunda instancia arbitral o ante el Poder Judicial —en la sala civil correspondiente de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial que correspondiera—, cuando ello hubiera sido expresamente autorizado por el convenio arbitral o por las reglas pactadas para el mismo; las causales taxativas de anulación del laudo (*numerus clausus*); y la posibilidad restrictiva del recurso de casación solo cuando el laudo hubiera sido anulado en todo o en parte, donde este recurso extraordinario de impugnación se preveía solo en defensa del proceso y de la institución arbitral.
- r) Se regularon también, entre los artículos 79 a 87, con bastante precisión, las providencias cautelares susceptibles de solicitarse en el *proceso arbitral*, sea en sede judicial, sea en sede arbitral; la ejecución del laudo y su publicación en diarios o en revistas de la prensa del laudo a costa del que lo solicite, como sanción moral para la parte que obligó al vencedor a recurrir al Poder Judicial para la ejecución y cumplimiento de lo que hubiera sido así laudado.
- s) También se reguló con profusión y prolijidad el *arbitraje internacional* entre los artículos 88 y 126, con toda una normatividad propia.
- t) Se estableció entre los artículos 127 y 131 las condiciones del *exequatur*<sup>19</sup> de los laudos extranjeros, las condiciones de su reconocimiento y ejecución.
- u) Es interesante destacar, dentro de lo ya señalado en torno al principal objeto de este comentario, que la primera disposición complementaria y transitoria señalaba que toda referencia legal o convencional a una «cláusula compromisoria» o a un «compromiso arbitral» debía ser reconducida al entendimiento legal de un convenio arbitral, en los términos de los supuestos de hecho de esta Ley.
- v) Se estableció también un plazo para la adecuación de los reglamentos arbitrales de las instituciones del arbitraje administrado (60 días) y la necesidad de que estas instituciones fuesen siempre —y tuviesen forma de— persona jurídica.
- w) Finalmente, se ordenó la creación de juzgados y cortes de justicia de especialidad arbitral para el conocimiento de la designación de los árbitros en defecto del cumplimiento de la parte

<sup>19</sup> Procedimiento para el reconocimiento, homologación y ejecución de fallos y laudos del extranjero dentro del territorio nacional, conforme a tratados internacionales y/o la legislación nacional, sobre todo la procesal.



renuente, y para el conocimiento de los recursos de apelación, cuando esto haya sido pactado, y para conocer el recurso de anulación que esta Ley prevé taxativa y restrictivamente.

### **5.9. *La actual Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071)***

La actual Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1071 y vigente desde el 1 de septiembre de 2008, derogó por completo la Ley n.º 26572. Esta norma reforzó el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas (Castillo Freyre y otros, segunda parte, p. 35). Esta es la norma legal que rige hasta la fecha, con algunos cambios menores de último momento, como se explicará más adelante.

Los artículos de esta ley refuerzan la competencia de los árbitros, consagran el recurso de anulación —para evitar el uso de recursos anteriores al laudo, que pretendieran evadir la obligación de someterse a arbitraje y a la competencia de los árbitros— y buscan restringir la intervención judicial en determinados supuestos para facilitar el desarrollo del arbitraje.

De manera concluyente, se ha señalado que la mayoría de los cambios contenidos en el Decreto Legislativo n.º 1071 obedecen al tránsito de una ley dualista a una ley monista que regirá tanto para el arbitraje internacional como para el arbitraje nacional. Según la exposición de motivos de la Ley, esto estandariza el tratamiento arbitral peruano acercándolo a los estándares internacionales (Castillo Freyre y otros, segunda parte, p. 35), con el propósito de dotar a las instituciones de mayores instrumentos de control en su conformación, desarrollo y resultados, para evitar su ilegal manipulación o uso indebido en desmedro jurídico y público de la institución arbitral. Dentro de ese péndulo legislativo que tanto caracteriza a la legislación sobre el arbitraje, este Decreto Legislativo ha sufrido algunas modificaciones que pasamos a analizar brevemente a continuación.

### **5.10. *Las modificaciones establecidas por el Decreto Legislativo n.º 1231***

La actual Ley de Arbitraje ha tenido algunas modificaciones menores como el Decreto Legislativo n.º 1231, publicado el 26 de septiembre de 2015. De este modo, se modificó el artículo 20, referente a la capacidad del árbitro, y el artículo 28, sobre los motivos de abstención y de recusación de estos. Básicamente, ante la evidencia del ingreso de la corrupción al interior de algunos procesos arbitrales —su grosera y evidente manipulación a partir de algunas de sus características (confidencialidad, limitación de control jurisdiccional, etc.) para obtener ilícitos resultados y la utilización de sus postulados limitados y blindados al proceso judicial para facilitar su mal utilización— se ha tratado ahora de reforzar las seguridades para que esto no suceda, básicamente a partir de la mayor responsabilidad personal, legal y hasta penal de los que ejercen la función de árbitros. No necesariamente esto va a mejorar. Como siempre ocurre con las normas coyunturales, se cae en el riesgo de ir de un extremo al otro, sin lograr una solución eficaz.

De este modo, se incorpora también la posibilidad de inscribir en los Registros Públicos el proceso arbitral y su resultado. Esto permite romper parcialmente la regla de su confidencialidad para evitar que la misma sea mal utilizada, entre otras disposiciones complementarias y finales. Entre estas destaca la regulación de la necesaria publicidad de los laudos arbitrales donde el Estado haya sido parte de un proceso arbitral, flexibilizando la regla general de la confidencialidad *inter partes* por razones de notorio interés público evitando que esa confidencialidad sea caldo de cultivo de su mal utilización con fines ilícitos en perjuicio del Estado o de terceros.

### **5.11. *La Ley de Contrataciones del Estado (Ley n.º 30225) y su modificatoria por el Decreto Legislativo n.º 1341***

Debe destacarse también la actual Ley de Contrataciones del Estado (Ley n.º 30225), del 11 de julio de 2014. Esta ha establecido, en su artículo 45, la regulación de los medios de solución de controversias



de la ejecución contractual en el ámbito de la contratación del Estado. Esto se antepone a la Ley de Arbitraje cuando se trate de arbitrajes que surjan como consecuencia de una contratación con el Estado, creándose una suerte de bifurcación legislativa y regulatoria del arbitraje en el Perú: por un lado, el «arbitraje privado»; y, por otra parte, el «arbitraje del Estado» (es decir, cuando el Estado es parte en virtud de una contratación estatal). Así, la referida norma señalaba al arbitraje como un medio de solución de controversias de la ejecución contractual:

- a) Entre las disposiciones que contenía el artículo 45 se señalaban que las controversias que surgieran entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato debían ser resueltas mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes; mientras que las controversias sobre la nulidad del contrato solo podían ser sometidas a arbitraje.
- b) Asimismo, las partes estaban facultadas para recurrir a la junta de resolución de disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el Reglamento, siendo sus decisiones vinculantes.
- c) Mientras que las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no podían ser sometidas a conciliación, arbitraje ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado o su Reglamento, correspondiendo, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial, siendo que todo pacto en contrario es nulo.
- d) Por otra parte, se resaltó que los medios de solución de controversias previstos en el artículo 45 se rigen especialmente por lo establecido en la misma Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia.
- e) Asimismo, el arbitraje institucional se realizaba 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.
- f) Un requisito respecto al árbitro único y el presidente del tribunal arbitral es que estos debían ser necesariamente abogados, contando con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Sin embargo, los demás integrantes del tribunal arbitral podían ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado, así como el requisito de estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).
- g) Se señaló que el laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) para efecto de su eficacia. La notificación se tenía por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabía interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo n.º 1071.
- h) También se señaló los supuestos en los que el laudo podía ser anulado: si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no fueron conformes a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y en su Reglamento, siempre que tal circunstancia hubiese sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y este fue desestimado.

- i) Asimismo, se resaltó la independencia, imparcialidad y autonomía que debían tener los árbitros.

Esta normativa fue modificada en gran parte por el *Decreto Legislativo n.º 1341* de 6 de enero de 2017, y que fuera publicado en el diario oficial *El Peruano* el siguiente 7 de enero, por lo que entró en vigor a partir del decimoquinto día posterior a las modificaciones al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, según su propia *vacatio legis*, con excepción de sus artículos 2, 9 y literales m) y n) de su artículo 11, que entraron en vigencia el 7 de enero de 2017, pero que no son relevantes para este análisis.

En esta norma parcialmente modificatoria —en lo pertinente a este trabajo— se establece una nueva regulación en el «arbitraje del Estado» en los artículos 45, 52 literal j y la primera disposición complementaria final, estableciendo las siguientes nuevas reglas:

- 1) En el artículo 45 se regulan los «medios de solución de controversias de la ejecución contractual».
- 2) En su artículo 45.1 se establece textualmente:

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 institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

45.2 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.

Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser

sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

Todos los plazos señalados en este numeral son de caducidad.

45.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente Ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.

45.4 Los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente Ley y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia.

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. El reglamento establece otros criterios, parámetros y procedimientos para la toma de decisión de conciliar

45.6 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado.

Asimismo, para desempeñarse como árbitro, en el caso de los arbitrajes Ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior.

45.7 El árbitro único o tribunal arbitral constituido para resolver una controversia derivada de un contrato regido por esta Ley resulta, en principio y salvo el supuesto de excepción previsto en el presente numeral, competente para conocer las demás controversias, susceptibles de ser sometidas a arbitraje, que surjan de la ejecución del mismo contrato.

En ese sentido, cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato, cualquiera de las partes debe solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, dentro del plazo de caducidad previsto en el numeral 45.2 del presente artículo.

El árbitro único o el tribunal arbitral acumula las nuevas pretensiones que se sometan a su conocimiento, siempre que estas sean solicitadas antes de la conclusión de la etapa probatoria. Excepcionalmente, el árbitro único o el tribunal arbitral, mediante resolución fundamentada, puede denegar la acumulación solicitada tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, el estado del proceso arbitral y demás circunstancias que estime pertinentes.

En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad.

45.8 El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) para efecto de su eficacia. La notificación se

tiene por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje o norma que lo sustituya.

La interposición del recurso de anulación del laudo por el contratista requiere presentar fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la Entidad, conforme al porcentaje que se establece en el reglamento, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso.

Las entidades no pueden interponer recurso de anulación del laudo u otra actuación impugnabile en vía judicial, salvo que se cumplan las siguientes condiciones de manera conjunta:

1. Que la acción judicial sea autorizada por la máxima autoridad de la Entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable.
2. Que la referida autorización sea aprobada por el Titular del sector correspondiente, excepto tratándose de Ministerios en cuyo caso, la autorización deberá ser aprobada por Consejo de Ministros.

Los procuradores públicos que no interpongan estas acciones no incurrir en responsabilidad. Adicionalmente, sin perjuicio de lo señalado, el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y esta fue desestimada.

45.9 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, el cual resulta de aplicación a los arbitrajes que administra, a los arbitrajes *ad hoc* y, de manera supletoria, a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniéndolo no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable.

Los árbitros deben ser y permanecer independientes e imparciales durante el desarrollo del arbitraje. Asimismo, deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia y observar la debida conducta procedimental. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

El incumplimiento de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente constituye infracción a los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y debida conducta procedimental previstos en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, siendo pasible de las siguientes sanciones éticas según su gravedad:

- a) Amonestación.
- b) Suspensión temporal de hasta cinco (5) años.
- c) Inhabilitación permanente.

Las infracciones señaladas son desarrolladas en el reglamento y recogidas en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado.

La autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética, el cual se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas. El Consejo de Ética se encuentra integrado por tres (3) miembros independientes de reconocida solvencia ética y profesional, los cuales son elegidos por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, respectivamente. El cargo de miembro del Consejo puede ser

remunerado. La organización, estructura, atribuciones, mecanismos de designación, funcionamiento y los demás aspectos concernientes al Consejo de Ética son establecidos en el reglamento. 45.10 El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) organiza y administra un régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado, de acuerdo a lo previsto en el reglamento.

Este régimen se rige por su propio reglamento arbitral que es aprobado mediante directiva por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje o norma que lo sustituya.

45.11 Los medios de solución de controversias a que se refiere la presente Ley o su Reglamento, se desarrollan en cumplimiento del Principio de Transparencia.

Las instituciones encargadas de la administración de los medios de solución de controversias deben cumplir con remitir la información que establezca el reglamento y aquella que solicite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en relación a las controversias derivadas de la aplicación de la presente Ley, bajo responsabilidad de su titular o representante legal.

En el caso de los arbitrajes institucionales, la respectiva institución arbitral es responsable de la custodia del expediente por el plazo de diez (10) años desde su terminación. Antes del vencimiento de dicho plazo, la custodia puede ser encargada al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), bajo los requisitos y condiciones previstos en el reglamento. Tratándose de arbitrajes ad hoc, el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único son responsables de la custodia de las actuaciones arbitrales por el plazo señalado.

45.12 Las resoluciones sobre devolución de honorarios de árbitros emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) constituyen título ejecutivo.

45.3 Si como resultado de un proceso arbitral se reconoce algún monto a pagar al proveedor o contratista, el pago por parte de la Entidad debe efectuarse junto con la liquidación o conclusión del contrato.

[...]

Artículo 52.- Funciones

[...]

j) Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y un Banco de Laudos Arbitrales de fácil acceso en la que se pueda identificar, árbitros, temas, plazo del proceso, partes, entre otros.

[...]

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios, u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

[...].

## **5.12. *El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo n.º 350- 2015-EF)***

Adicionalmente, debemos tomar en cuenta el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, del 10 de diciembre de 2015. Esta norma regula entre sus artículos 182 a 204 (en concordancia con lo dispuesto en el artículo 45 de la referida

Ley) el capítulo «Conciliación y arbitraje» del título «Controversias durante la ejecución contractual de la Ley de Contrataciones del Estado». Estos artículos guardan estrecha relación y congruencia con los medios de solución de controversias de la ejecución contractual descritos anteriormente.

Finalmente, consideramos que la actual Ley de Arbitraje (Ley n.º 1071), requiere replantear varias de sus disposiciones. En ese sentido, en la versión extendida del presente trabajo hemos planteado una serie de modificaciones e implementaciones a manera de recomendación,<sup>20</sup> entre las cuales se encuentran una adecuada definición del arbitraje que encierre el concepto jurídico del referido instituto, la ampliación de los principios procesales recogidos en la Ley, que hoy resultan insuficientes. Asimismo, resulta importante que se incluya la prohibición expresa para los árbitros de realizar control difuso o que se señale explícitamente cuál sería la principal consecuencia de que se expida un laudo fuera del plazo concedido por las partes o por la norma reglamentaria aplicable.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. México D. F.: Imprenta Universitaria, 1947.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1961.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación». En *Revista Internacional de Arbitraje*, julio-diciembre 2013, n.º 19, pp. 55-93. Recuperado de <<http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>>.

CABALLOL ANGELATS, Lluís. *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

CAIVANO, Roque Jerónimo. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, segunda edición.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1962.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y José Luis REPETTO. «La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino». En *Forseti: Revista de Derecho*, 2014, n.º 1, pp. 97-110. Recuperado de <[http://www.forseti.pe/media\\_forseti/revista-articulos/11\\_ne7191S.pdf](http://www.forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/11_ne7191S.pdf)>.

CARNACINI, Tito. *Arbitraje*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1961.

CASTILLO FREYRE, Mario y otros. *Arbitraje: comentarios a la Ley de Arbitraje. Primera parte*. Lima: Thomson Reuters, 2014, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 25.

CASTILLO FREYRE, Mario y otros. *Arbitraje: comentarios a la Ley de Arbitraje. Segunda parte*. Lima: Thomson Reuters, 2014, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 26.

CHIABRA VALERA, Cristina. «Debido proceso legal y la tutela jurisdiccional efectiva: más similitudes que diferencias». En *Foro Jurídico*, 2010, n.º 11, pp. 67-74.

---

<sup>20</sup> Véase Quiroga (2017).

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, tomo I.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1978.

DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Arbitraje: principios, convenio arbitral y nulidad del laudo arbitral*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011.

FERRERO, Augusto. *Derecho procesal civil: excepciones*. Lima: Ausonía, 1980, tercera edición.

GETE ALONSO, María y otros. *Manual de derecho civil*. Madrid: Marcial Pons, 2000, tomo II: «Derecho de obligaciones, responsabilidad civil y teoría general del contrato», tercera edición.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balance químico». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2008a, vol. 8, pp. 509-525. Recuperado de <<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v8/v8a13.pdf>>.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje». En COLEGIO DE ABOGADOS. *Homenaje a Raúl Medina Mora*. México, D.F.: Themis, 2008b, Colección Foro de la Barra Mexicana, n.º 14. Recuperado de <<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>>.

MALLANDRICH MIRET, Núria. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010.

MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *El arbitraje: estudio histórico jurídico*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981.

MILLAR, Robert Wynes. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945.

MONROY GÁLVEZ, Juan y Aníbal QUIROGA LEÓN. *Las excepciones en el proceso civil peruano: análisis y alternativa, proyecto modificador*. Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 1982, tomos I y II.

OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La naturaleza procesal del arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 46.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El debido proceso legal en el Perú y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Lima: Idemsa, 2014, segunda edición.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Estudios de derecho procesal*. Lima: Idemsa, 2008.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Conciliación y arbitraje en el Perú: presente y futuro». En *Derecho PUCP*, 2000, n.º 53, pp. 769-798. Recuperado de <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6578/6668>>.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Naturaleza jurídica del proceso arbitral. Nulidad de juicio arbitral: excepción de cosa juzgada». En *El Jurista: Revista Peruana de Derecho*, 1992, n.ºs 7-8, pp. 77-85.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Conceptos básicos en el estudio del derecho procesal: a propósito de la ciencia del proceso». En *Derecho PUCP*, 1986, n.º 40, pp. 243-268. Recuperado de <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6258/6314>>.

ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch Editor, 1992.

- SALAZAR CANO, Edgar. *Cibernética y derecho procesal civil*. Caracas: Ediciones Técnico-Jurídicas, 1979.
- UREÑA Y SEMENJAUD, Rafael de y Adolfo BONILLA Y SAN MARTÍN (editores). *Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII, publicadas en virtud de acuerdo del ilustre Colegio de Abogados de Murcia por Rafael de Ureña y Smenjaud y Adolfo Bonilla y San Martín*. Madrid: Editorial Reus, 1924.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.



# ANÁLISIS DE LA APLICABILIDAD DE ALGUNAS DE LAS MEDIDAS DE CIBERSEGURIDAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Irma Isabel Rivera Ramírez\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Alcance conceptual de la ciberseguridad.— 2.1. Definición de ciberespacio.— 2.2. Características del ciberespacio.— 2.3. Alcance del concepto de ataque cibernético/ciberataque.— 3. Entendimiento del concepto de ciberseguridad.— 3.1. Definición y dimensiones de la ciberseguridad.— 3.2. Retos de la ciberseguridad propiciados por la pandemia de la COVID-19.— 3.3. Relación de la ciberseguridad y el ejercicio jurídico.— 4. Relevancia de la ciberseguridad en el arbitraje internacional.— 4.1. Incidencia de la tecnología en el arbitraje.— 4.2. Riesgos del arbitraje internacional en el contexto actual.— 4.3. Ciberseguridad como alternativa para la mitigación de riesgos.— 4.3.1. Protocolo de Ciberseguridad para el Arbitraje Internacional.— 4.3.2. Directrices sobre Ciberseguridad para firmas de abogados durante la crisis de COVID-19 y Guía sobre Ciberseguridad.— 4.4. Desarrollo de la ciberseguridad en el arbitraje en Colombia y Perú.— 5. Conclusiones.— 6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional ha sido objeto de múltiples transformaciones en los últimos años que no solo se han concentrado en la modificación de los protocolos de su trámite, jurisprudencia y legislación, sino también en la adopción de las nuevas tecnologías de la información para la consecución eficiente de sus fines y principios.<sup>1</sup>

Ahora bien, la incursión de las nuevas tecnologías de la información y herramientas tecnológicas en el desarrollo del trámite arbitral, además de facilitar y optimizar su desarrollo, ha suscitado nuevos retos en consideración de las amenazas y riesgos propios del ciberespacio. Una muestra de estas amenazas son los ciberataques y vulneraciones de los sistemas de seguridad, por ejemplo, por medio de intromisiones inesperadas en audiencias virtuales, vulneración de datos personales, pérdida de información confidencial, entre otras.

En ese sentido, el trámite arbitral no ha sido ajeno a la implementación de estrategias y medidas cuyo propósito es la protección de la confidencialidad, seguridad y la celeridad del proceso. Por lo tanto, algunas jurisdicciones han analizado la introducción de protocolos de ciberseguridad y recomendaciones como parámetros de *soft law*<sup>2</sup> para dicho objetivo.

Recordemos que el arbitraje internacional es un método alternativo de resolución de conflictos que se caracteriza por el manejo de información confidencial y sensible, entre la cual se encuentran

\* Abogada de la Universidad Sergio Arboleda. Especialista en Métodos Alternos de Solución de Conflictos, Arbitraje y Conciliación de la Universidad del Rosario. Especial agradecimiento a la doctora Valeria Cárdenas Farieta por su amable colaboración para la elaboración de este artículo académico.

<sup>1</sup> RIVERA, Irma. «La implementación de tecnologías en el arbitraje». En *Avani*, 2020, n.º 1, pp. 89-99. Recuperado de <<https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A4-pp-89-99.pdf>>.

<sup>2</sup> El *soft law* hace referencia a reglas de conducta que, en principio, no tienen fuerza jurídica vinculante, aunque produzcan efectos prácticos. PASTORE, Baldassare. «*Soft law* y la teoría de las fuentes del derecho». En *Soft Power*, 2014, n.º 1, vol. 1, pp. 74-89. Recuperado de <<https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/SoftP/article/view/1772>>.

datos financieros, elementos de propiedad industrial, documentación empresarial y pruebas que podrían afectar eventualmente, incluso, el valor reputacional de las partes que intervienen en el trámite. En esa medida, resulta indispensable adoptar estrategias para procurar la intangibilidad de la seguridad de los datos e información integrada al proceso; aspectos susceptibles de riesgos ante las nuevas tendencias del ciberespacio y la vulnerabilidad de la red.

En consecuencia, este artículo académico y no vinculante tendrá como propósito analizar algunas de las medidas existentes para mitigar los riesgos asociados a los ataques cibernéticos en los trámites arbitrales, partiendo de la premisa que la ciberseguridad es una de las herramientas más oportunas para dicha consecución.

Así las cosas, este documento académico se estructurará a partir de dos secciones para mayor comprensión del lector. En primera instancia se describirá el marco teórico de la ciberseguridad, lo cual incluirá una breve enunciación de los antecedentes de la ciberseguridad, la definición del ciberespacio y el concepto de ataque cibernético; e igualmente se acotará la definición de la ciberseguridad, su manifestación, características y relación con el ejercicio jurídico.

En segundo lugar, se analizará la relevancia de la ciberseguridad como herramienta de mitigación de riesgos frente a ataques cibernéticos en el arbitraje internacional. Por ello, se describirá la importancia de la tecnología en el arbitraje internacional, los riesgos originados por su uso, la introducción de la ciberseguridad en el trámite arbitral y, finalmente, se realizará una aproximación a las medidas adoptadas por diferentes instituciones internacionales para la introducción de estas herramientas, así como su desarrollo en Colombia y Perú.

## 2. ALCANCE CONCEPTUAL DE LA CIBERSEGURIDAD

Para la comprensión de los riesgos asociados a los ataques cibernéticos y las estrategias de mitigación de estos en el desarrollo del trámite arbitral, resulta necesario abordar los conceptos básicos de este asunto, así como sus antecedentes.

### 2.1. Definición de ciberespacio

Naturalmente, si en el marco de este artículo hacemos referencia a la eventualidad y mitigación de ataques cibernéticos, es necesario introducir el contexto que nos ocupa, el cual se desarrolla en un espectro distinto al de la cotidianidad tangible, es decir, nos referimos a un espacio artificial en el cual participan agentes a través de sistemas, redes y ordenadores de manera interconectada, esto es, el ciberespacio.

El ciberespacio puede ser entendido como un espacio artificial creado por sistemas de información, tecnología y telecomunicaciones para la interacción de distintos actores que participan por medio de ordenadores y puntos de conexión.<sup>3</sup> Por ejemplo, Álvarez Rodríguez ha indicado que el ciberespacio es «el espacio global en el entorno de la sociedad de la información que consiste en el conjunto interdependiente de infraestructuras de TIC, y que incluye internet, las redes de telecomunicaciones, los sistemas informáticos y los procesadores y controladores integrados [...]».<sup>4</sup>

Es decir que el ciberespacio representa una dimensión de interconexión por medio de la cual se transmiten datos entre diferentes actores. En ese sentido, el concepto de ciberespacio se escapa de la

<sup>3</sup> PEÑA, Daniel. «El derecho del ciberespacio. Fundamentación tecnológica en el análisis del derecho». En *Con-texto*, diciembre 2001, pp. 57-60. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/46564878\\_El\\_derecho\\_del\\_ciberespacio\\_Fundamentacion\\_tecnologica\\_en\\_el\\_analisis\\_del\\_derecho](https://www.researchgate.net/publication/46564878_El_derecho_del_ciberespacio_Fundamentacion_tecnologica_en_el_analisis_del_derecho).

<sup>4</sup> ÁLVAREZ, Ignacio. «El derecho del ciberespacio. Una aproximación». En *Revista de Internet, Derecho y Política IDP*, marzo 2020, n.º 30. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/339640455\\_El\\_Derecho\\_del\\_ciberespacio\\_Una\\_aproximacion](https://www.researchgate.net/publication/339640455_El_Derecho_del_ciberespacio_Una_aproximacion).

concepción incipiente del internet, sin perjuicio de que este último represente una red de acceso al sistema de información.<sup>5</sup>

## 2.2. Características del ciberespacio

De la definición expuesta, es factible soportar que el ciberespacio,<sup>6</sup> además de ser una red de tránsito de información, se caracteriza por: (i) su accesibilidad desde cualquier lugar; y, (ii) su transitividad, puesto que permite el movimiento de información desde cualquier lugar.

Así las cosas, para efectos de este artículo consideramos que las características del ciberespacio pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- i. Accesibilidad: el entendimiento del ciberespacio como una red interconectada obliga a comprender que este dispone de «puertos» o «entradas» para que los usuarios accedan y dispongan de la información allí consignada de manera ilimitada.
- ii. Navegabilidad: la accesibilidad representa solo la primera etapa de interacción con el ciberespacio, la segunda característica de este espectro consiste en que los usuarios pueden «moverse» de forma indistinta para obtener los datos que consideran relevantes.
- iii. Actividad de información: la principal razón para acceder al ciberespacio y navegar en este es la capacidad de disposición de la información allí consignada. Por lo tanto, el ciberespacio se caracteriza por la constante actualización de los datos que lo integran en tiempo real.
- iv. Empoderamiento del usuario: una de las principales características del ciberespacio se concentra en las facultades que otorga al usuario respecto del uso del sistema, pues este tiene mayor percepción de la información sin que medie restricción aparente respecto de su disponibilidad.
- v. Confiabilidad: de manera paradójica la interacción en el ciberespacio se genera en consideración de parámetros de confiabilidad, por cuanto los usuarios parten del supuesto de que la información allí consignada es veraz, o, cuando menos, se actualiza en tiempo real.

A partir del entendimiento del concepto ciberespacio,<sup>7</sup> a continuación se describirá en qué consisten los ataques realizados en este y cuáles son sus principales manifestaciones.

## 2.3. Alcance del concepto de ataque cibernético/ciberataque

De acuerdo con *El manual de Tallinn*,<sup>8</sup> un ataque cibernético es toda aquella operación, ya sea ofensiva o defensiva que se espera que genere lesiones a personas o daños a estructuras informáticas respecto del ejercicio de sus derechos, como lo son la privacidad, protección de datos e intangibilidad de la información.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> FOLSON, Thomas. «Defining Cyberspace (Finding Real Virtue in the Place of Virtual Reality)». En *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, 2007, vol. 9. Recuperado de <<https://journals.tulane.edu/TIP/article/view/2525>>.

<sup>6</sup> LESSIG, Lawrence. «Las leyes del ciberespacio». En *Themis*, 2002, n.º 44, pp. 171 a 179. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110282.pdf>>.

<sup>7</sup> SHARIEF, Kamran. «What is Cyberspace? – Definition, Features and More». En *Computer Tech Reviews*, 2019. Recuperado de <<https://www.computertechreviews.com/definition/Cyberspace/>>.

<sup>8</sup> The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence - CCDCOE. *The Tallinn Manual*. 2013. Recuperado de <<https://ccdcocoe.org/research/tallinn-manual/>>. «El Manual de Tallinn es un documento académico no vinculante por medio del cual se desarrolla el tratamiento jurídico aplicable, en el marco del derecho internacional, respecto de los ataques cibernéticos. Su elaboración fue patrocinada por el Centro de Excelencia en Defensa Cibernética Cooperativa. Este documento analizó las principales operaciones cibernéticas».

<sup>9</sup> LINARES, Natalia. *Los ciberataques en el derecho internacional público*. Trabajo de final de grado en Derecho. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2019. Recuperado de <<https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/42136/TFGdret1819NataliaLinares.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

Por otra parte, Nahun Frett asevera: «[L]os ciberataques son actos en los cuales se cometen agravios, daños o perjuicios en contra de las personas o grupos de ellas, entidades o instituciones y que, por lo general, son ejecutados por medio de computadoras y a través de la internet. No necesariamente pueden ser cometidos totalmente por estos medios, sino también a partir de los mismos».<sup>10</sup>

En consecuencia, el concepto de ciberataque debe ser comprendido como una estructura de operaciones orientada contra sistemas de información e interacción en el ciberespacio con el propósito de perjudicar a personas, instituciones o empresas.

En virtud de lo expuesto, las principales manifestaciones de ciberataques son las siguientes:<sup>11</sup>

- i. Ataques focalizados: usualmente estos ataques están dirigidos a instituciones, servicios y particulares para obtener datos confidenciales, información corporativa y otros activos relacionados con la propiedad intelectual, que podrían generar un riesgo reputacional para quien se viera afectado por ello.
- ii. Virus informáticos: regularmente corresponden a programas maliciosos que tienen por objetivo infectar archivos contenidos en un sistema informático, con el fin de provocar modificaciones o daños de manera que se impida su operatividad.
- iii. El envío masivo de correo o *spam*: este ataque consiste en el envío indiscriminado y constante de correos no deseados para la saturación de servidores, e incluso la introducción de virus informáticos u operaciones tendientes al robo de información.
- iv. La suplantación de remitentes de mensajes mediante *spoofing*: este ataque consiste en la simulación de usuarios u ordenadores para la obtención de información o datos privados de parte de terceros como información financiera (*phishing*), la eliminación de documentos o el robo de estos para posteriores extorsiones.
- v. El uso de *troyanos* para el control remoto de los sistemas o la sustracción de la información: los *troyanos* representan una clase de virus que se caracteriza por el engaño de usuarios para el robo de información, acceso remoto a los sistemas y adulteración de datos.

Con fundamento en lo anterior, a continuación se explicará el contenido del concepto de ciberseguridad como alternativa para la mitigación de los riesgos generales por eventuales ciberataques.

### 3. ENTENDIMIENTO DEL CONCEPTO DE CIBERSEGURIDAD

Ante el inminente peligro suscitado por la amenaza de ciberataques y la vulnerabilidad de los sistemas de información, gobiernos, entidades académicas e instituciones privadas de orden nacional e internacional han adoptado medidas para enfrentar, evitar y mitigar las posibles afectaciones a partir de instrumentos de ciberseguridad, aspecto que se explicará en esta sección del documento.

#### 3.1. Definición y dimensiones de la ciberseguridad

El entendimiento de la ciberseguridad se construye a partir del conjunto de procedimientos, herramientas y metodologías dirigidas a la protección de la información, datos y derechos de los usuarios que acceden al ciberespacio a través de computadoras, servidores, dispositivos móviles, redes y sistemas electrónicos, que podrían verse en riesgo ante la eventual configuración de un ciberataque.

<sup>10</sup> FRETTE, Nahun. «¿Qué es un ciberataque?». En *Auditool*, 9 de junio del 2015. Recuperado de <<https://www.auditool.org/blog/auditoria-de-ti/3423-que-es-un-ciberataque>>.

<sup>11</sup> URUENA, Francisco. «Ciberataques, la mayor amenaza actual». En *Documento de Opinión 09-2015 del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 16 de enero del 2015. Recuperado de <[https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2015/DIEEE009-2015\\_AmenazaCiberataques\\_Fco.Uruena.pdf](https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEE009-2015_AmenazaCiberataques_Fco.Uruena.pdf)>.

Adicionalmente, la ISACA (Information Systems Audit and Control Association - Asociación de Auditoría y Control sobre los Sistemas de Información) ha definido la ciberseguridad en los siguientes términos: «[...] protección de activos de información, a través del tratamiento de amenazas que ponen en riesgo la información que es procesada, almacenada y transportada por los sistemas de información que se encuentran interconectados».<sup>12</sup>

Por otra parte, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones colombiano (MinTic) indicó que la ciberseguridad es «el conjunto de recursos, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, métodos de gestión del riesgo, acciones, investigación y desarrollo, formación, prácticas idóneas, seguros y tecnologías que pueden utilizarse buscando la disponibilidad, integridad, autenticación, confidencialidad y no repudio, con el fin de proteger a los usuarios y los activos de la organización en el ciberespacio».<sup>13</sup>

En consecuencia, el concepto de ciberseguridad no puede sintetizarse como una única operación para la mitigación de riesgos por la ejecución de ciberataques, sino como un conjunto de herramientas orientadas a la protección de los usuarios, datos e información consignada en la red.

Así las cosas, las medidas orientadas a la ciberseguridad se caracterizan por el cumplimiento de las siguientes dimensiones:

- i. Confidencialidad: en la medida en que el ciberespacio goza de un alto tráfico de información, la cual puede ser de dominio público o de carácter reservado o sensible, las medidas orientadas para su protección propenden por la garantía de la confidencialidad y la reserva de aquellos datos que podrían comprometer la reputación de los usuarios que acceden a la red. Entre otros elementos, encontramos el secreto profesional y empresarial, la propiedad industrial y datos financieros.

Esta propiedad está estrechamente relacionada con la seguridad de la información, lo que permite inferir que se garantiza que los datos solo serán accesibles para aquel personal autorizado para su manipulación.

- ii. Integridad: es la propiedad de la información, es decir que gracias a la ciberseguridad se garantiza la veracidad de los datos almacenados, confirmando que no han sido objeto de alteración, pérdida o destrucción, ya sea de forma accidental o intencionada, por errores de *software* o *hardware* o por condiciones medioambientales.<sup>14</sup>
- iii. Disponibilidad: es la propiedad por la cual un sistema, red o servicio goza de accesibilidad y usabilidad por parte de los usuarios cuando estos lo requieran.

### **3.2. Retos de la ciberseguridad propiciados por la pandemia de la COVID-19**

La declaratoria de la pandemia propiciada por el diagnóstico de la COVID-19 generó cambios significativos en relación con el desarrollo de las operaciones gubernamentales, económicas y sociales en distintas jurisdicciones. En esa medida, la implementación de las reglas, como el distanciamiento social para evitar el contagio del virus, configuraron la necesidad de implementar de manera vertiginosa

<sup>12</sup> VALOYES MOSQUERA, Amancio. «Ciberseguridad en Colombia». En *Universidad Piloto de Colombia. Seminario (SLA)*. Recuperado de <<http://repository.unipiloto.edu.co/bitstream/handle/20.500.12277/6370/CIBERSEGURIDAD%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

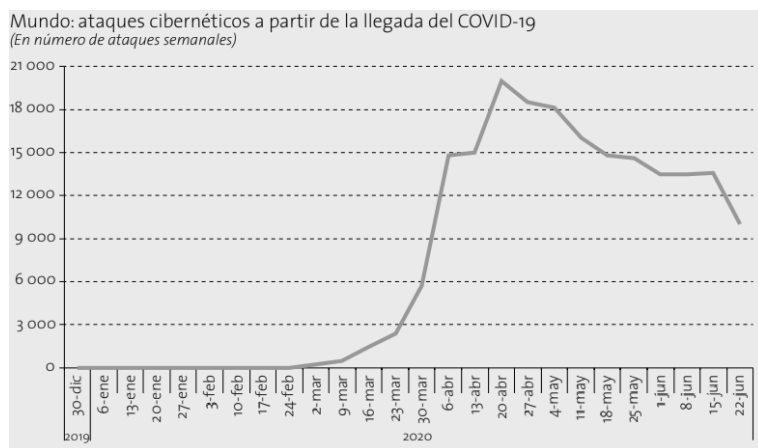
<sup>13</sup> MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES DE COLOMBIA. *Ciberseguridad*. Recuperado de <<https://www.mintic.gov.co/porta/inicio/Glosario/C/18723:Ciberseguridad>>.

<sup>14</sup> INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD DE ESPAÑA. *Glosario de términos de ciberseguridad*. Gobierno de España. Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. 2017. Recuperado de <[https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia\\_glosario\\_ciberseguridad\\_metad.pdf](https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_glosario_ciberseguridad_metad.pdf)>.

herramientas tecnológicas para que actividades cotidianas ejecutadas de manera presencial se pudieran realizar virtualmente.

Así las cosas, y partiendo de los temas anteriormente discutidos, el uso de herramientas tecnológicas y puertos de red permitieron que gobiernos, compañías y personas naturales se vieran llamadas a participar del ciberespacio exponiendo su información, datos e incluso reputación para no relegarse del giro ordinario de sus asuntos y negocios. Esta circunstancia expuso de manera sensible su privacidad, derechos y datos a la eventualidad de ciberataques, aspecto que, de hecho, dio lugar a un incremento de este tipo de actividades, aumentando los ataques cibernéticos, como se evidencia a continuación:

### Mundo: ataques cibernéticos a partir de la llegada de la COVID-19<sup>15</sup>



Como puede apreciarse, la pandemia fungió como un catalizador de los ciberataques dado el incremento de participación y accesibilidad de usuarios en el ciberespacio, lo cual, necesariamente, instó al fortalecimiento de medidas de ciberseguridad debido al acelerado incremento en el porcentaje de ataques cibernéticos durante el 2020.<sup>16</sup>

Así las cosas, la pandemia se configuró en un reto para la ciberseguridad y provocó el fortalecimiento inmediato de las medidas dirigidas a mitigar riesgos de seguridad. A manera de ejemplo se citan las siguientes medidas y recomendaciones propuestas para dicho fin:<sup>17</sup> (i) adopción de mecanismos de autenticación multifactor; (ii) adaptación de procesos de gestión para evitar la adulteración de la información por parte de terceros; (iii) monitoreo de los puertos de acceso en el desarrollo de operaciones remotas; y, (iv) seguimiento de operaciones de gestión, identificación y retrasos del tráfico de información ante eventuales amenazas, entre otros.

<sup>15</sup> Gráfico tomado de CHECK POINT. «Cyber-attack trends: 2020 mid-year report». En *Check Point Research*, 22 de julio 2020. Recuperado de <<https://research.checkpoint.com/2020/cyber-attack-trends-2020-mid-year-report>>.

<sup>16</sup> «Entre junio de 2019 y junio de 2020, una tasa interanual de crecimiento de 108 % para ataques de *ransomware* y 833 % para ataques a redes de IoT. Este crecimiento refleja la explotación de vulnerabilidades expuestas debido a la velocidad con la cual los departamentos de tecnología tuvieron que cubrir una demanda inesperada para disponer la información con nuevos métodos, para más personas y en plazos muy cortos, y de esa manera, lograr mantener los procesos operativos en marcha». FACILITACIÓN, COMERCIO Y LOGÍSTICA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - FAL. «La ciberseguridad en tiempos del COVID-19 y el tránsito hacia una ciberinmunidad». En *Boletín* 382, 2020, n.º 6. Recuperado de <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46275/1/S2000679\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46275/1/S2000679_es.pdf)>.

<sup>17</sup> DELOITTE. *Consideraciones de ciberseguridad en medio de una pandemia global*. 2020. Recuperado de <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/gt/Documents/risk/Consideraciones-ciberseguridad-ante-pandemia-global.pdf>>.

Es decir que, actualmente, es imposible obviar la necesidad de implementar protocolos de ciberseguridad, más aún teniendo en cuenta que el incremento de ciberataques durante la pandemia demostró la alta vulnerabilidad de los sistemas de conexión e interacción en el ciberespacio, todo lo cual se configura en una necesidad actual que ha convocado a diferentes Estados, instituciones y organizaciones para su implementación y desarrollo, tal y como será desarrollado en el acápite 4.3. del presente escrito.

### 3.3. *Relación de la ciberseguridad y el ejercicio jurídico*

Acercándonos al objeto principal de este escrito, resulta necesario hacer una aproximación a la relación entre la ciberseguridad y el ejercicio jurídico, especialmente, en virtud de la adopción de herramientas tecnológicas para la prestación de diferentes servicios legales.

Para nadie es un secreto que la práctica del derecho se ha visto forzada a implementar soluciones versátiles que respondan de manera inmediata y apropiada a los diferentes retos propuestos por el mercado, tales como la globalización, la disminución de fronteras comerciales, la implementación de diferentes redes y sistemas de interconexión, el cambio en las formas de consolidar relaciones de comerciales, entre otras.

Así, las soluciones que han sido formuladas han tenido que responder a tendencias de innovación que, por supuesto, traen implícita la implementación y el uso de herramientas tecnológicas para la prestación de servicios jurídicos, algunos ejemplos de dichas soluciones son las siguientes:

- i. La implementación de contratos inteligentes<sup>18</sup> o *smart contracts*.<sup>19</sup>
- ii. El uso de inteligencia artificial para la optimización de servicios.<sup>20</sup>
- iii. La regulación de la *big data* o de la comercialización de datos de consumo y datos personales.
- iv. La introducción de la tecnología *blockchain* como cambio de paradigma para el desarrollo de transacciones económicas.
- v. La protección de propiedad intelectual e industrial asociada a invenciones tecnológicas.
- vi. Predicción estadística de litigios, por ejemplo, por medio de empresas como Blue J Legal, la cual se dedicada a descubrir patrones o paradigmas jurisprudenciales a partir de análisis de decisiones proferidas por jueces y salas de tribunales arbitrales, con el fin de determinar estadísticas de probabilidad de éxito para casos en particular.
- vii. La implementación de diferentes actualizaciones al derecho de protección al consumidor en respuesta a la implementación de *market place* y plataformas digitales de comercialización.

<sup>18</sup> GARCÍA, Luis Felipe. (2017). «Contratos inteligentes en *blockchain*. Una propuesta de *legge data* para el derecho privado colombiano en materia contractual». En *Anuario de Derecho Privado*, 2017, n.º 2. DOI: [dx.doi.org/10.15425/2017.350](https://doi.org/10.15425/2017.350). Recuperado de <<https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/anuario2/1Garcia doctrina.pdf>>.

<sup>19</sup> FETSYAK, Ihor. «Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español». En *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (Redur)*, diciembre 2020, n.º 18, pp. 197-236. Recuperado de <<https://doi.org/10.18172/redur.4898>>. Un contrato inteligente corresponde a un *software* o sistema informático que permite la ejecución de prestaciones de un contrato de manera automática a partir de las instrucciones definidas por los usuarios mediante el uso de tecnología *blockchain*.

<sup>20</sup> MARTÍNEZ, Carolina. «La inteligencia artificial y su aplicación en el campo del derecho». En *Alegatos*, 2012, n.º 82. Recuperado de <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf>>.

De igual forma, el desarrollo de litigios y trámites arbitrales también se ha visto fuertemente influenciado por estas tendencias de innovación,<sup>21</sup> por ejemplo, mediante la disposición de expedientes digitales, la práctica de audiencias virtuales, el desarrollo de tramites remotos, entre otros, todo lo cual será desarrollado en mayor detalle en el acápite 4.1. de este escrito.

Así las cosas, el evidente aumento en el uso de las nuevas tecnologías de la información en la práctica jurídica, en respuesta a los constantes cambios en el relacionamiento humano y el desarrollo de los negocios comerciales, refleja la inescindible relación entre tecnología y derecho y, por ende, pone en evidencia la necesidad clara de implementar medidas de ciberseguridad que permitan asegurar la confidencialidad, accesibilidad, integridad y disponibilidad de los datos. Lo anterior, con el fin de evitar ataques cibernéticos que tengan por objeto el espionaje, robo, adulteración o retención de dichos datos.

#### 4. RELEVANCIA DE LA CIBERSEGURIDAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

##### 4.1. *Incidencia de la tecnología en el arbitraje*

Con el paso del tiempo el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones se ha tornado indispensable, e incluso necesario para el correcto y total desarrollo de las relaciones humanas.

El arbitraje, por supuesto, no es ajeno a esa nueva realidad y, por el contrario, con el tiempo el uso de la tecnología se ha vuelto inevitable por diferentes motivos, dentro de ellos, la flexibilidad de varios reglamentos arbitrales que prevén el uso de herramientas tecnológicas en diferentes etapas del trámite, y el aumento en la digitalización y tramitación virtual del procedimiento causada por la COVID-19. En dicho sentido, se ha dicho que «como es universalmente reconocido, la tecnología no es un nuevo socio de la industria legal en general ni del arbitraje, pero está hoy más presente que nunca».<sup>22</sup>

De hecho, los resultados de la encuesta publicada en 2018 por la Universidad Queen Mary y White and Case LLP, enfocada en la evolución del arbitraje internacional, demostraron que la tecnología es usada de manera amplia en el arbitraje internacional y que la mayoría de los encuestados se encuentra a favor del incremento en el uso de la tecnología hacia el futuro, por ejemplo, en las salas de audiencia, el almacenamiento de datos, entre otros.<sup>23</sup>

Ahora bien, un claro ejemplo de la implementación de herramientas tecnológicas es posible evidenciarlo en el Reglamento de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en cuyo prefacio es posible advertir que «en cuanto a la conducción de los procedimientos, las modificaciones del 2021 reconocen el aumento del uso de la tecnología»,<sup>24</sup> y, en efecto, en diferentes etapas del trámite, las cuales serán descritas a continuación, es posible advertir la incidencia de la tecnología para su desarrollo. Así, dentro de los preceptos previstos se encuentran:

- i. Notificaciones o comunicaciones de la secretaría del tribunal podrán efectuarse también mediante correo electrónico o por cualquier otro medio de telecomunicación que provea un registro del envío (artículo 2).

<sup>21</sup> LONDOÑO, Néstor. «El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea». En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, enero-junio de 2010, n.º 112, vol. 40, pp. 123-142. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3420001.pdf>>.

<sup>22</sup> ESPEJO, Andrea. «Arbitraje + Tecnología = Eficiencia, ¿dónde?». En *Advocatus*, 2021, n.º 40, pp. 265-273. Recuperado de <<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5298/5095>>.

<sup>23</sup> WHITE & CASE LLP. *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. Recuperado de <<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>>.

<sup>24</sup> CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - ICC. (2021). *Reglamento de arbitraje y Reglamento de Mediación*. Recuperado de <<https://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>>.



- ii. Transmisión de la solicitud de arbitraje y la contestación por medios electrónicos (artículos 4 y 5).
- iii. Celebración de las conferencias sobre la conducción del procedimiento por medio de videoconferencia, por teléfono o por otra forma similar de comunicación (artículo 24).
- iv. La posibilidad de que el tribunal arbitral determine que las audiencias puedan celebrarse de forma remota por videoconferencia, teléfono u otros medios de comunicación adecuados, previa consulta a las partes (artículo 26).
- v. Como técnicas para la conducción del caso que pueden ser usadas con el fin de controlar el tiempo y los costos del trámite, se prevé la posibilidad de utilizar conferencias telefónicas o de vídeo para audiencias de procedimiento u otras audiencias en las que la asistencia en persona no sea esencial y utilizar tecnologías de la información que permita comunicaciones en línea entre las partes, el tribunal arbitral y la secretaria de la corte (apéndice IV).

Ahora bien, de manera general, también es posible resaltar otros ejemplos en los cuales la tecnología ha ganado un papel preponderante para el desarrollo del arbitraje que serán descritos a continuación:<sup>25</sup>

- i. Desarrollo de audiencias de forma remota. Esta práctica ha representado múltiples ventajas para las partes, árbitros y centros de arbitraje, dentro de las cuales se encuentran la reducción de los costos del trámite, eficiencia en el manejo de tiempos en desarrollo del trámite, así como la simplicidad y comodidad para las partes que, por ejemplo, tratándose de arbitraje internacional, se encuentren en países distintos, entre otros. En particular, para el desarrollo de este tipo de audiencias en el marco del arbitraje internacional es posible contar con herramientas como *conference room* como la plataforma de reuniones Bluejeans o la plataforma Opus 2 Magnum.<sup>26</sup>
- ii. Implementación y uso de expedientes electrónicos. Mediante el uso del ciberespacio se ha habilitado el acceso remoto a pruebas, documentos y providencias que en principio solo podían ser consultadas por las partes de manera física. Esta habilitación ha permitido a las partes, árbitros y centros de arbitraje mayor eficiencia en la consulta y procesamiento de la información y ha representado una ventaja en términos de seguridad y confidencialidad. Tal y como será desarrollado más adelante, los diferentes Estados y organizaciones se han inclinado por la búsqueda de mecanismos que busquen garantizar la seguridad de la información por medio de mecanismos de custodia, inalterabilidad y reserva.<sup>27</sup>
- iii. Práctica de audiencias de testimonios de manera remota. Esta posibilidad trae consigo ventajas en términos de eficiencia en costos y tiempos en el trámite arbitral, pero tal y como ha sido desarrollado por la Comisión de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICR) esta práctica debe ir acompañada de diferentes medidas que eviten riesgos de preparación de testigos, modificación de testimonios, alteración de la prueba, etc. Dentro de dichas medidas se encuentra la posibilidad de utilización de dos cámaras para que el testigo rinda su testimonio, la verificación por parte del árbitro de que el testigo se encuentra en un lugar sin compañía, etc.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> RIVERA, Irma. *Op. cit.*

<sup>26</sup> ESPEJO, Andrea. *Op. cit.*

<sup>27</sup> ANURAG, Bana. *IBA cybersecurity guidelines*. International Bar Association, 2018. Recuperado de <<https://www.issa.org.za/wp-content/uploads/2019/09/IBA-Cybersecurity-Guidelines-Oct-2018.pdf>>.

<sup>28</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE - ICC. *Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings*. París: ICC Publication, 2022. Recuperado de <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2022/02/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-leveraging-technology-for-fair-effective-and-efficient-international-arbitration-proceedings.pdf>>.

- iv. Recolección, revisión y producción de datos. Sobre el particular es cada vez más frecuente el uso de herramientas como *software* que permite realizar una revisión general de volúmenes importantes de información, con el objetivo y fin de identificar palabras o términos clave, separar documentos por categorías y transferir o almacenar gran cantidad de información, etc. Unos ejemplos de este tipo de *software* son los llamados *relativity* o *ringtail and nuix*.<sup>29</sup>

Finalmente, otros de los campos en los cuales la tecnología ha incidido en el arbitraje es en el uso de la inteligencia artificial para la predicción de resultados de un trámite arbitral. Al respecto, se destacan herramientas como Context by LexisNexis, la cual «[...] se basa en el análisis de datos de decisiones anteriores respecto de una determinada materia, y a partir de dicha información proyecta posibles resultados con una probabilidad de acierto que puede superar el 70 %».<sup>30</sup> Asimismo, se resalta la herramienta Arbitrator Intelligence, la cual tiene como objetivo «aumentar la transparencia, la rendición de cuentas y la diversidad en la selección de árbitros haciendo pública información clave sobre la toma de decisiones en el pasado por parte de árbitros».<sup>31</sup>

De lo anterior se resalta que múltiples mecanismos han sido desarrollados e implementados con el fin de responder a los avances tecnológicos y a las nuevas dinámicas a través de las cuales se mueve el mundo. De ello no escapa el arbitraje, y, en particular, su uso permite la reducción de costos y tiempo en el trámite y, lo tornan, a todas luces, más eficiente.

Ahora bien, sobre la implementación de la tecnología en el arbitraje no puede dejarse de lado que esta debe ir siempre acompañada de:<sup>32</sup> (i) la garantía del cumplimiento de los principios del trámite arbitral; (ii) el respeto de los derechos de las partes, con el fin de fomentar la confianza en el procedimiento; (iii) por supuesto, la ineludible garantía y protección del debido proceso y del derecho de defensa; y, (iv) la protección de la información y los datos personales. Todo lo cual se configura como un gran reto para los operadores, las partes y los participantes del trámite arbitral, quienes cuentan con diferentes guías, protocolos y directrices para lograrlo, tal y como será desarrollado en los acápites siguientes.

## 4.2. Riesgos del arbitraje internacional en el contexto actual

Con la proliferación en el uso de las tecnologías también han ido en aumento la cantidad de riesgos de fuga de información o infiltraciones en diligencias virtuales, entre otras, debido a la libertad en el uso de la web, que ha alcanzado incluso las esferas de la ilegalidad. De hecho, el aumento en el uso de herramientas digitales ha provocado un aumento proporcional de la inseguridad y las brechas de seguridad, pues «entre mayor sea el número de transacciones digitales, mayor es la posibilidad de que existan ataques externos».<sup>33</sup>

Respecto a lo anterior, se hace referencia a lo desarrollado el acápite 2.3. de este escrito respecto de las diferentes modalidades de ciberataques, con el fin de ejemplificar aquellos a los que se encuentran expuestos quienes participan en trámites arbitrales:

- i. Ataques focalizados, dirigidos a las partes del trámite, o al centro de arbitraje, por ejemplo, con el fin de obtener información confidencial de la controversia, los negocios de las partes, datos financieros, información relacionada con clientes, secretos industriales, entre otros.

<sup>29</sup> ESPEJO, Andrea. *Op. cit.*

<sup>30</sup> *Ibidem.*

<sup>31</sup> *Ibidem.*

<sup>32</sup> RIVERA, Irma. *Op. cit.*

<sup>33</sup> ÍSCAR DE HOYOS, Javier F. y Ana M. BARRIGA VEGA. «Ciberseguridad. Desde la perspectiva del arbitraje internacional». En *Revista de Derecho Yachay*, 2022, n.º 13. Recuperado de <<https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/917/1137>>.

- ii. Virus informáticos como, por ejemplo, el llamado Maze, por medio del cual se logró infectar archivos de algunas firmas en Canadá en 2020, con el fin de obtener información que sería devuelta solo a cambio del pago de criptomonedas.<sup>34</sup>
- iii. Suplantación de remitentes de mensajes *spoofing*, por ejemplo, mediante la simulación de usuarios que correspondan a quienes son parte del trámite arbitral para la obtención de información o datos privados del trámite o la eliminación de documentos o el robo de estos para posteriores extorsiones, entre otros.

La anterior es una pequeña muestra del espectro de riesgos a los cuales pueden estar sometidas las partes, árbitros y centros de arbitraje, por ende, aun cuando el uso de la tecnología representa un beneficio para todos ellos, también es una realidad que en ocasiones el riesgo y la materialización de dichos riesgos representan consecuencias gravosas como las que se describen a continuación:<sup>35</sup>

- i. Un aumento del costo del desarrollo de un arbitraje internacional y eventual causación de pérdidas económicas para cualquier participante cuya información se vea comprometida, junto con la existencia de una posible afectación reputacional dependiendo del contenido de la información.
- ii. Retrasos y frustración de los procedimientos arbitrales, ya que la adulteración de la información podría provocar la inadmisibilidad de los documentos aportados como pruebas al trámite, asignación de costos por las contingencias provocadas, así como la determinación de las medidas para mitigar la vulnerabilidad del trámite.
- iii. Daño reputacional por la cobertura mediática adversa del incidente, particularmente en relación con las partes, árbitros e instituciones involucradas.
- iv. Desincentivo entre las partes de acudir a este método de solución de controversias, ante la posibilidad latente de ser víctima de ataques cibernéticos.

Lo anterior se describe con el fin de evidenciar la necesidad de acudir a mecanismos que permitan mitigar todos y cada uno de dichos riesgos. Es decir que en ningún momento puede perderse de vista que el arbitraje y, en particular, el arbitraje internacional trae consigo múltiples ventajas, las cuales no pueden verse nubladas por riesgos en el uso de la tecnología.

Por el contrario, estos riesgos deben convertirse en una oportunidad de fortalecer el trámite y en una motivación para que tanto los participantes como los árbitros, centros de arbitraje y demás personas interesadas adopten medidas que permitan de manera ágil mitigar dichos riesgos, de forma tal que el arbitraje continúe siendo el mecanismo de resolución de controversias al que por excelencia acuden las partes, en consideración a su especialización, celeridad, privacidad, confidencialidad, idoneidad y eficacia, entre otras características.

Al tenor de lo anterior, el siguiente acápite de este escrito se ocupará de analizar la implementación de medidas de ciberseguridad como alternativa para la mitigación de los riesgos, con el fin de evidenciar, entre otros, los esfuerzos de todos los involucrados en resaltar las ventajas del arbitraje por medio de la adopción de medidas que permitan fomentar la confianza en el trámite arbitral.

<sup>34</sup> ANURAG, Bana. *IBA cybersecurity guidelines for law firms during the COVID-19 crisis*. International Bar Association. 2020. Recuperado de <<https://www.issa.org.za/wp-content/uploads/2020/07/IBA-cybersecurity-guidelines-for-law-firms-during-Covid19.pdf>>.

<sup>35</sup> ACERIS LAW LLC. «Ciberseguridad en el arbitraje internacional». En *Arbitraje Internacional*, 30 de enero del 2020. Recuperado de <[https://www.international-arbitration-attorney.com/es/cybersecurity-in-international-arbitration/#\\_ftn5](https://www.international-arbitration-attorney.com/es/cybersecurity-in-international-arbitration/#_ftn5)>.

### 4.3. *Ciberseguridad como alternativa para la mitigación de riesgos*

Los ataques cibernéticos relacionados con la ciberseguridad de tecnologías de la información y las comunicaciones se ha tornado en la principal agenda de los Estados, pues «según Accenture, se estima que los costes directos e indirectos del cibercrimen a nivel mundial para el periodo 2019-2023 alcanzarán los 5,2 trillones de dólares»,<sup>36</sup> lo que demuestra la relevancia que ha cobrado este tema, a su vez, por la velocidad en que los cibercrímenes aumentan año tras año.

En consecuencia, la ciberseguridad de la información, redes, sistemas y datos se ha convertido en la alternativa más común y acogida por los diferentes Estados para mitigar la ocurrencia de riesgos asociados a ataques cibernéticos, convirtiéndose, así, en una meta a nivel mundial para contrarrestar los riesgos presentes en cada uno de los ámbitos de la vida en los que la tecnología ha incursionado.

En consonancia con lo anterior, actualmente diferentes Estados y organizaciones han intentado cubrir los riesgos derivados de la proliferación del uso de las tecnologías y se encuentran desarrollando diferentes alternativas por medio de las cuales sea posible mitigar riesgos y reforzar la confianza de los usuarios en el uso de la tecnología en los trámites arbitrales. Es decir, los riesgos implícitos al uso de la tecnología se han convertido en una oportunidad para mejorar y fortalecer los procedimientos internos y la materialización de los principios que rigen el trámite arbitral. Algunas de las medidas que han sido adoptadas a nivel internacional serán descritas a continuación.

#### 4.3.1. *Protocolo de Ciberseguridad para el Arbitraje Internacional*

En este momento, gracias al trabajo de del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (ICCA), el Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR) y el Colegio de Abogados de la Ciudad de Nueva York (NYC Bar), es posible encontrar a nivel internacional mediante una norma de *soft law* el Protocolo de Ciberseguridad para el Arbitraje Internacional (Protocol on Cybersecurity in International Arbitration).<sup>37</sup>

El fin del Protocolo es proveer un marco que sirva de guía y orientación para tribunales, partes y centros de arbitraje, sobre qué medidas de seguridad de la información son razonables para ser aplicadas a un determinado asunto arbitral.

Partiendo de lo anterior, el Protocolo pretende abarcar temas de ciberseguridad y seguridad de la información física. Debido al aumento en la digitalización del arbitraje internacional, el Protocolo tiene un énfasis principal en la ciberseguridad y lo que concierne a los medios empleados para mantener la confidencialidad, integridad y disponibilidad de información digital. No obstante, la guía del Protocolo no se limita a la ciberseguridad, sino que busca abarcar incluso la seguridad física de la información. Por este motivo, el Protocolo adopta el concepto de seguridad de la información, el cual cubre tanto la información electrónica como la física.

El alcance de este Protocolo, por tratarse de una norma de *soft law*, no sustituye las leyes aplicables, ni las obligaciones legales y vinculantes entre las partes de conformidad con los reglamentos nacionales. Por ende, su aplicación podrá ser libremente acordada y moderada por las partes de conformidad con las necesidades que adviertan derivadas de las características propias de cada trámite

<sup>36</sup> MORET, Vicente; RODRÍGUEZ-SASTRE, Iñigo y Elena SEVILA. «La ciberseguridad: nuevo paradigma en el mundo del arbitraje». En *La Ley. Mediación y Arbitraje*, abril-junio 2021, n.º 7. Recuperado de <<https://es.andersen.com/recursos/doc/portal/2021/01/18/ciberseguridad-nuevo-paradigma-en-el-mundo-del-arbitraje-andersen.pdf>>.

<sup>37</sup> INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, NEW YORK CITY BAR ASSOCIATION E INTERNATIONAL INSTITUTE FOR CONFLICT PREVENTION AND RESOLUTION - CPR. *ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration. (2020 Edition). New York Arbitration Week Special Printing*. 2019. The ICCA Reports n.º 6. Recuperado de <[https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/icca-nyc\\_bar-cpr-cybersecurity\\_protocol\\_for\\_international\\_arbitration\\_-\\_electronic\\_version.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/icca-nyc_bar-cpr-cybersecurity_protocol_for_international_arbitration_-_electronic_version.pdf)>.

arbitral. Adicionalmente, si bien el Protocolo se pensó para arbitrajes comerciales internacionales, el mismo también podrá ser útil para arbitrajes nacionales o arbitrajes de inversión.

El Protocolo fue creado con dos objetivos principales. Por un lado, pretende establecer un marco para determinar medidas de seguridad de la información que resulten razonables para los trámites arbitrales, lo que incluye ciertas orientaciones prácticas y procesales para identificar los riesgos e implementar medidas disponibles para mitigarlos.

Por otro lado, el Protocolo pretende concientizar a los usuarios sobre la seguridad de la información en el desarrollo de arbitrajes internacionales. Dicha concientización se da sobre: (i) la seguridad de la información en el trámite, tanto desde el punto de vista físico como virtual; (ii) la importancia de la seguridad de la información para mantener la confianza entre los usuarios; (iii) el papel preponderante que desempeñan cada una de las partes que participan en el trámite para mitigar los riesgos; y, (iv) algunas de las medidas fácilmente accesibles para mejorar las prácticas cotidianas de seguridad.

Dentro de las propuestas consagradas en el Protocolo para alcanzar los objetivos planteados se encuentran los siguientes principios para tener en cuenta a la hora de determinar qué medidas de seguridad de la información son razonables y cómo deberían ser aplicadas:

- i. Teniendo en cuenta que una implementación efectiva de seguridad de la información requiere la participación de todos los actores y custodios de la información, cada parte, árbitro y centro de arbitraje debe considerar las prácticas básicas que son descritas en uno de los anexos del Protocolo y, a su vez, deben evaluar el impacto de sus propias prácticas en lo que a la seguridad de la información respecta.
- ii. Cada parte, árbitro y centro de arbitraje deben asegurarse de que todas las personas que participen en el trámite sigan las medidas de seguridad de la información adoptadas y sean conscientes del impacto que tendría cualquier incidente de seguridad. Dentro de dichos participantes se contemplan personal de apoyo como empleados, abogados, asistentes legales, secretarios, personal administrativo, entre otros, así como consultores, expertos, intérpretes, testigos, etc.
- iii. Las medidas de seguridad de la información que sean adoptadas deben responder y ser razonables en consideración a las circunstancias particulares de cada caso. Lo anterior, en términos de costos, tolerancia al riesgo, capacidad tecnológica, entre otras.
- iv. Para determinar qué medidas de seguridad de la información son razonables las partes y los árbitros deberán analizar:
  - Los diferentes factores de riesgo en el trámite, en consideración a la naturaleza de las personas o compañías involucradas, así como los temas que serán discutidos en el litigio, entre otras.
  - Las prácticas de seguridad de la información existentes, infraestructura y capacidad de las partes, árbitros y centros de arbitraje.
  - La carga, costos y recursos disponibles para las partes, árbitros y centros de arbitraje en lo que a la adopción de medidas de seguridad de la información respecta.
  - La proporcionalidad en relación con la magnitud, la cuantía y el perfil de riesgo del conflicto.
  - La eficiencia del trámite arbitral.

- v. Al considerarse las medidas de seguridad de la información particulares a ser aplicables en cada trámite es necesario analizar las siguientes categorías: (i) gestión de activos; (ii) controles de acceso; (iii) encriptación; (iv) seguridad de las comunicaciones; (v) seguridad física y del entorno; (vi) seguridad de las operaciones; y, (vii) gestión de incidentes de seguridad de la información.
- vi. En algunos casos, puede ser razonable ajustar las medidas de seguridad de la información aplicables, dependiendo de los riesgos presentes en cada trámite en particular, los cuales pueden incluir: (i) los intercambios de información en el trámite; (ii) el almacenamiento de información relacionada con el trámite; (iii) viajes; (iv) audiencias y conferencias; y/o, (v) políticas de retención o destrucción de información una vez culminado el trámite.

Es decir que la toma de medidas de seguridad de la información debe responder a las circunstancias de cada caso en particular, para lo cual cada uno de los involucrados deberá realizar un análisis previo y constante a lo largo del trámite respecto a los factores de riesgo, las alternativas de mitigación de riesgo, así como el impacto económico y que, en términos de eficiencia, tendrá la adopción de medidas de seguridad de la información, lo anterior con el fin de no perder de vista la razonabilidad y proporcionalidad en la elección e implementación de diferentes medidas de seguridad.

Adicionalmente, de conformidad con el protocolo para el proceso de establecimiento de medidas de seguridad de la información razonables, deberá tenerse en cuenta:

- i. Los diferentes principios descritos anteriormente, según sean procedentes, con el fin de acordar medidas razonables entre las partes, con lo cual se busca reconocer la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes en el establecimiento de medidas razonables.
- ii. Plantear las medidas de seguridad de la información en la etapa inicial del trámite.
- iii. Teniendo en cuenta los factores anteriormente descritos, los árbitros están facultados para determinar las medidas de seguridad de la información aplicables al trámite. Con lo cual se busca establecer la autoridad de los árbitros en el establecimiento de las medidas.
- iv. Los árbitros podrán modificar las medidas previamente establecidas para el trámite a petición de parte o de oficio, de conformidad con la evolución de las circunstancias de cada caso en particular.
- v. En caso de violación a las medidas de seguridad de la información o la ocurrencia de un incidente de seguridad, los árbitros podrán repartir los costos que ello haya causado entre las partes y/o imponer sanciones a las partes.

Finalmente, entre otros temas, el Protocolo resalta que la necesidad de tomar medidas razonables de seguridad de la información en arbitraje internacional se debe a diferentes circunstancias, dentro de las cuales se encuentran: (i) la concentración de información comercial, confidencial, personal, etc; (ii) la naturaleza de los litigios sometidos a este tipo de arbitraje, los cuales suelen ser de alto valor, lo que aumenta el riesgo de incidentes de seguridad, así como la probabilidad de que esos incidentes causen pérdidas significativas; y, (iii) la naturaleza transfronteriza de los trámites, lo cual crea retos complejos para la aplicación y el cumplimiento de medidas de seguridad de la información.

Aunado a lo anterior, por medio del Protocolo se pretende llamar la atención de los usuarios respecto a las específicas consecuencias que pueden resultar de un inadecuado manejo de la seguridad de la información, dentro de las que se encuentran: (i) pérdidas económicas de aquellos cuya información comercial o personal se encuentra en riesgo; (ii) pérdida de la integridad de información o cuestionamientos respecto a la confiabilidad y exactitud de la información debido a incidentes de ciberseguridad; (iii) ausencia de disponibilidad de datos, redes, plataformas o sitios web, debido a una interrupción en su operación causada por un incidente de seguridad; (iv) responsabilidad bajo normas

aplicables, incluyendo regímenes de protección de datos; y, (v) daño reputacional tanto para las partes, árbitros, centros de arbitraje y terceros, así como para el sistema de arbitraje en general.

En síntesis de lo anteriormente descrito, el Protocolo pretende ser una guía clara, práctica y accesible para las partes, terceros, árbitros y centros de arbitraje respecto a las buenas prácticas en materia de seguridad de la información, con el principal propósito de difundir entre los participantes de los trámites, la conciencia de la necesidad, importancia y efectos de un manejo responsable, seguro, oportuno y adecuado de la información disponible en un trámite arbitral.

Sin duda, el Protocolo es la consecuencia de un trabajo juicioso, organizado, responsable, y «representa el resultado de dos años de trabajo en el que participaron más de 240 personas procedentes tanto de instituciones arbitrales como de despachos de abogados, expertos en procedimientos arbitrales y organizaciones no gubernamentales»,<sup>38</sup> el cual responde a los riesgos actuales en torno al uso de la tecnología, su mitigación y manejo, que seguramente se convertirá en el derrotero para los reglamentos internos de los Estados, con el fin de promover la confianza en los trámites y asegurar, por lo menos en lo que está en sus manos, la reducción de los ataques cibernéticos y la fuga de información física privilegiada.

#### **4.3.2. *Directrices sobre Ciberseguridad para firmas de abogados durante la crisis de COVID-19 y Guía sobre Ciberseguridad***

En respuesta al silencioso pero acelerado incremento en el uso de la tecnología en la práctica del derecho, en particular, aquel causado por la crisis de la COVID-19 y las medidas que fueron tomadas por los diferentes gobiernos para conjurarla, la Asociación Internacional de Abogados (IBA) publicó un compilado denominado Directrices sobre Ciberseguridad para firmas de abogados durante la crisis de COVID-19 (IBA Cybersecurity Guidelines For Law Firms During The Covid-19 Crisis),<sup>39</sup> con el fin de asegurar el acceso a servicios legales de forma libre y apartada de las amenazas que representan las nuevas modalidades de ataques cibernéticos para el ejercicio del derecho.

Las directrices tuvieron como antecedente múltiples incidentes y ataques cibernéticos ocurridos en diferentes firmas de abogados que implicaron una importante pérdida de información confidencial y evidenciaron un nuevo mecanismo de ataques, consistente en el secuestro de datos (*ransomware*), cuya devolución estaba supeditada al pago de diferentes y cuantiosas sumas de criptomonedas.<sup>40</sup>

Con base en lo anterior, de la mano de la Sociedad de Abogados de Manitoba (Canadá) se puso en evidencia los diferentes riesgos ocultos en materia de ataques cibernéticos, identificando que los mismos se encuentran generalmente en adjuntos en correos electrónicos. En particular, durante época de pandemia, dichos correos estuvieron relacionados con información adjunta sobre mapas de la evolución del brote, invitaciones a seminarios para discutir las respuestas al COVID-19 con enlaces de inscripciones, mensajes de texto con vínculos aparentemente dirigidos a conocer los cambios en la operación de despachos judiciales, entre otros.<sup>41</sup>

Asimismo, en dicho contexto, se identificó que los riesgos en materia de ciberseguridad eran mayores en firmas pequeñas, las cuales no cuentan con infraestructura suficiente en cuanto a seguridad de la información, no a causa de falta de recursos para incorporarla, sino por la confianza de que al tratarse de firmas pequeñas no serían objetivo de ningún ataque, lo cual, por supuesto, es contrario a la realidad, pues independientemente del tamaño de la firma, la información que cada firma maneja de cada cliente es suficiente para atraer a los atacantes en búsqueda de lucro.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, Javier; HIERRO VIÉTEZ, Gonzalo y Yaiza ARAQUE MORENO. «Ciberseguridad y arbitraje internacional: el protocolo de ciberseguridad en arbitraje internacional del ICCA, el NYC BAR y el CPR». En *Themis - Revista de Derecho*, enero-junio de 2020, n.º 7, pp. 547-557. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7882648.pdf>>.

<sup>39</sup> ANURAG, Bana. *IBA cybersecurity guidelines for law firms during the COVID-19 crisis*. International Bar Association. Op. cit.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

Ahora bien, las anteriores directrices en el contexto de la COVID-19 son desarrollo de la Guía de Ciberseguridad (Cybersecurity Guidelines) publicada también por la IBA en octubre de 2018,<sup>42</sup> en el marco de las medidas que han sido publicadas con el objetivo de elaborar y promover un conjunto de buenas prácticas en contextos anteriores a la COVID-19, para ayudar a las firmas de abogados: (i) a protegerse de las violaciones a la seguridad de los datos; (ii) aumentar su capacidad de operar en caso de presentarse un incidente de seguridad; (iii) dar a sus clientes las mejores garantías en cuenta a la protección de sus datos; y, (iv) proteger su reputación y la de la profesión.

La Guía, por medio de la cual se otorgan lineamientos para las Directrices en contexto de COVID-19, se encuentra categorizada en torno a tres importantes áreas, así:

- i. Tecnología: resaltando que la vulnerabilidad en la seguridad de la tecnología tiene importantes efectos en detrimento del ejercicio legal, la Guía propone implementar un programa de defensas tecnológicas que tenga la capacidad de mitigar el riesgo de un incidente cibernético, el cual incluye: (i) mantener actualizado el *software* del sistema; (ii) implementar la protección de puntos finales, es decir, de los ordenadores y otros dispositivos conectados a internet con acceso a las redes internas de la firma; (iii) asegurar el uso de conexiones seguras a internet; (iv) asegurar la navegación web y el uso de correo electrónico de manera segura; (v) implementar la capacidad de conservación, por ejemplo, limitando la capacidad de salida de adjuntos en correos electrónicos y recuperación o restauración de datos, por ejemplo en el caso de incidentes cibernéticos; (vi) cifrar datos y dispositivos, teniendo en cuenta que el cifrado consiste en configurar los archivos o dispositivos para que sean ilegibles por las personas que no tengan la clave de cifrado para desbloquearlos; (vii) habilitar el borrado remoto, por ejemplo, en aquellos casos en que un dispositivo es hurtado o perdido; y, (viii) asegurar que la nube dispuesta por el proveedor sea segura, entre otros.
- ii. Procesos organizacionales: teniendo en cuenta que la mayoría de los casos de éxito de ciberataques se deben a errores humanos, los procesos organizacionales son cruciales para definir cómo las actividades de las firmas de abogados, los diferentes roles de sus abogados y colaboradores contribuyen a mitigar los riesgos de ciberataques. Estos procesos organizacionales podrían incluir: (i) la implementación de una sólida gestión de nombres de usuario y contraseñas; (ii) asignación de funciones y definición de responsabilidades de forma tal que cada miembro del personal entienda su responsabilidad y función para asegurar la ciberseguridad; (iii) identificación de información sensible e implementación de protocolos de protección; (iv) evaluación de riesgos de ciberseguridad y pruebas periódicas al sistema de almacenamiento de datos; (v) implementación de una política de ciberseguridad que se alinee con los riesgos identificados, con establecimiento de estándares mínimos de seguridad; (iv) suscripción de seguros de responsabilidad cibernética; entre otros.
- iii. Entrenamiento del personal: el personal es una de las piezas clave en la mitigación de riesgos de ciberataques, pero, en ocasiones, por desconocimiento o falta de atención suele ser el elemento más débil en términos de ciberseguridad, esto pues el común de los ciberataques está diseñado de forma tal que parece información legítima, pero que al final contiene enlaces maliciosos por medio de los cuales es posible obtener información sensible. Por esto, dentro de las medidas que pueden ser adoptadas para mitigar riesgos desde esta área son entrenamiento y capacitación sobre (i) qué es la ciberseguridad; (ii) por qué es importante la ciberseguridad; (iii) ejemplos de amenazas comunes; y, (iv) sugerencias esenciales y asesoría sobre ciberseguridad.

De lo descrito anteriormente se resalta el inmenso esfuerzo realizado por la IBA en la búsqueda de ejemplos palpables y materiales de mecanismos que pueden ser realmente adoptados con el fin de evitar amenazas, mitigar riesgos y atender la consecuencias de los incidentes que se presenten, lo cual se torna de especial de relevancia, pues otorga una verdadera guía

<sup>42</sup> ANURAG, Bana. *IBA cybersecurity guidelines*. Op. cit.



sobre los mecanismos que pueden aplicarse materialmente desde cada una de las áreas de estudio planteadas.

Así, si bien la Guía no explica en particular prácticas para ser desarrolladas en trámites arbitrales, lo cierto es que es un sustento muy relevante de cara a los diferentes mecanismos que en concreto pueden ser utilizados tanto por los abogados como por las partes, e incluso árbitros, lo cual, seguramente, se convertirá en un referente para la adopción de mecanismos para mitigar riesgos en trámites arbitrales.

De hecho, actualmente, es posible evidenciar la existencia de varios reglamentos arbitrales en los cuales es posible advertir la adopción o referencia a esta Guía, un ejemplo de ello es el caso del reglamento de arbitraje del Hong Kong International Arbitration Centre.<sup>43</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, se resalta la importancia de esta Guía bajo el entendido de que, tal y como fue desarrollado en el numeral anterior, las medidas de ciberseguridad también están supeditadas a la voluntad de las partes y lo que ellas determinen razonable pactar para cada trámite en particular, independientemente de su consagración o no en diferentes reglamentos, por lo que esta guía se convierte en un importante insumo de referencia para ser replicado por las partes en sus cláusulas arbitrales o pactos compromisorios.

#### **4.4. Desarrollo de la ciberseguridad en el arbitraje en Colombia y Perú**

Una vez estudiada la ciberseguridad desde una perspectiva internacional, a continuación se estudiará en qué estado se encuentra dicho tema en Colombia y Perú y cómo ha sido el desarrollo que se le ha dado hasta el momento. Lo anterior, con el fin de evidenciar lo que ha sido expuesto líneas atrás respecto al interés cada vez más frecuente de los Estados y centros de arbitraje de implementar medidas tecnológicas que permitan flexibilizar el desarrollo presencial del trámite y, en consecuencia, la forma de garantizar la seguridad y protección de los datos y la información, fortaleciendo el acceso de los usuarios a este método de solución de controversias.

En el caso colombiano, concentrándonos en la implementación la tecnología, de manera concreta se ha identificado una iniciativa importante por parte del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, en cuyo reglamento es posible evidenciar la posibilidad del uso de herramientas digitales a lo largo del trámite, como, por ejemplo: (i) en la radicación de documentos procesales (demandas, contestaciones, etc.); (ii) en el desarrollo y práctica de audiencias; (iii) en la consulta de expedientes; y, (iv) en la comunicación y notificación a las partes, entre otros, llegando incluso a gestionar desde 2019 los procesos de arbitraje internacional, 100 % a través de herramientas digitales, según afirma su director Gustavo Piedrahita (2022).<sup>44</sup>

A su vez, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá implementó un sistema basado en las herramientas tecnológicas, el cual ha permitido, según afirma el doctor Piedrahita (2022), que «la totalidad de las audiencias de arbitraje internacional las realizamos en la virtualidad, con plataformas que se respaldan entre sí, de manera que, ante eventuales fallas, siempre contamos con un escenario virtual alternativo que garantiza la continuidad de las diligencias. Asimismo, la notificación de laudos la realizamos de manera electrónica, a través de sistemas que garantizan la confidencialidad»,<sup>45</sup> todo lo cual permite evidenciar importantes avances en esta materia para el caso colombiano.

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, Javier; HIERRO VIÉTEZ, Gonzalo y Yaiza ARAQUE MORENO. *Op. cit.*

<sup>44</sup> PIEDRAHITA, Gustavo. «Innovación tecnológica en el arbitraje nacional». En *Asuntos Legales*, 12 de febrero del 2022. Recuperado de <<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gustavo-piedrahita-forero-3301405/innovacion-tecnologica-en-el-arbitraje-internacional-3301397>>.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

Ahora bien, en Colombia, de manera general, es posible evidenciar un marco normativo desde 2009 en relación con las medidas de ciberseguridad, que aunque no se enfocan especialmente en arbitraje, permitió la creación de un contexto en el que se reconoce la existencia la ciberseguridad como mecanismos para mitigar los riesgos que el uso de la tecnología trae consigo.

Así, mediante la Ley 1273 de 2009, por medio de la cual se modifica el Código Penal, el legislador colombiano tipificó algunas modalidades de delitos informáticos como la violación a datos personales, interceptación de datos informáticos, el acceso abusivo a un sistema informático, entre otros.

Por otro lado, la regulación colombiana en materia de ciberseguridad se complementa mediante la ISO 27032, por medio de la cual se implementa un estándar especializado en ciberseguridad creado por la Organización Internacional de Normalización (ISO),<sup>46</sup> con el objetivo de brindar mayores garantías para prevenir los diversos riesgos que se corren con el uso de la tecnología.

Por su parte, en lo que a Perú respecta, en temas de ciberseguridad, dicha jurisdicción adoptó el Reglamento de Protección de Datos Personales y la Directiva de Seguridad de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales. Estas normativas tienen una peculiaridad y es el principio de seguridad bajo el cual se manejan, implicando que cualquier tratamiento sobre datos personales debe hacerse bajo estrictas medidas de seguridad para así evitar la filtración de información. Igualmente, Perú ha promulgado algunas leyes sobre la materia, como se evidencia por medio del tratamiento del *spam* (Ley n.º 28493), hasta la implementación de firmas y certificados digitales (Ley n.º 27269).

Ahora bien, en lo que al desarrollo de los trámites arbitrales mediante el uso de la tecnología respecta, si bien la Ley peruana de Arbitraje guarda silencio respecto a la virtualidad, tal y como ha sido reconocido por el doctor Mario Reggiardo, lo cierto es que con anterioridad a la COVID-19, los trámites arbitrales ya tenían gran influencia de la tecnología, por ejemplo, en el trámite de las comunicaciones de los árbitros a las partes por medio de correo electrónico, el desarrollo de conferencias por medio de video, la práctica de interrogatorios a testigos y peritos por medio de audiencias remotas, entre otras. No obstante, si bien no existían impedimentos para el uso de herramientas digitales, lo cierto es que su uso no era generalizado y, por el contrario, con ocasión de la COVID-19, diferentes instituciones arbitrales nacionales iniciaron la proliferación de disposiciones enfocadas a la virtualidad.<sup>47</sup>

Dentro de las referidas disposiciones se encuentra la Guía de Arbitrajes Virtuales emitida por el Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú, el cual responde a la difusión y desarrollo de arbitrajes de manera remota, mediante el uso de medios electrónicos y la realización de audiencias por medio de plataformas digitales, bajo la conciencia de la necesidad de adoptar medidas destinadas a promover el desarrollo electrónico de los trámites arbitrales.<sup>48</sup>

Así, la Guía contiene lineamientos que se enfocan en regular el uso de las tecnología en etapas del trámite como: (i) presentación de solicitudes de arbitraje en formato digital, gracias a la disposición de un correo electrónico del centro; (ii) comunicaciones y notificaciones electrónicas, mediante el uso de correos electrónicos que permitan acreditar su envío; (iii) nombramiento de árbitros, por medio de videoconferencias o llamadas telefónicas; (iv) adecuación de reglas para cada arbitraje; (v) práctica virtual de audiencias; y, (vi) emisión de laudo mediante el uso de medios tecnológicos para su deliberación y adopción, entre otras.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE NORMALIZACIÓN - ISO. *Tecnologías de la información - Técnicas de seguridad - Directrices para la ciberseguridad*. GTC-ISO-IEC 27032:2020. 2012.

<sup>47</sup> DE LA TORRE, Ana. «El arbitraje virtual del COVID-19 en Perú». En *LexLatin*, 29 de mayo del 2020. Recuperado de <<https://lexlatin.com/entrevistas/el-arbitraje-virtual-del-covid-19-en-peru>>, entrevista LexLatin al Dr. Mario Reggiardo, socio de la firma Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados y especializado en solución de controversias.

<sup>48</sup> CÁMARA DE COMERCIO AMERICANA DEL PERÚ - AMCHAM PERÚ. *Centro Internacional de Arbitraje emite Guía de Arbitrajes Virtuales y modifica su reglamento*. 30 de abril del 2020. Recuperado de <<https://amcham.org.pe/nota-de-prensa/centro-internacional-de-arbitraje-emite-guia-de-arbitrajes-virtuales-y-modifica-su-reglamento/>>.

<sup>49</sup> CÁMARA DE COMERCIO AMERICANA DEL PERÚ - AMCHAM PERÚ. *Guía de arbitrajes virtuales*. 2020. Recuperado de <[https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2020/05/Guia\\_de\\_Arbitrajes\\_Virtuales.pdf](https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2020/05/Guia_de_Arbitrajes_Virtuales.pdf)>.

Este, sin duda, es un antecedente de vital importancia que demuestra el esfuerzo y el compromiso con el desarrollo del trámites arbitrales de manera remota, en respuesta a los avances que en esta materia han exigido de diferentes Estados e instituciones acciones inmediatas.

Así las cosas, se destaca que si bien el proceso en la implementación de herramientas tecnológicas en los trámites arbitrales ha crecido de manera exponencial y satisfactoria en ambas jurisdicciones, a la par es necesaria la implementación de medidas de ciberseguridad, para lo cual es posible recurrir a la implementación de medidas de *soft law*, como ocurre con las reglas IBA,<sup>50</sup> de manera tal que sea posible integrar esfuerzos internacionales cubiertos por la garantía y protección de los principios de confidencialidad, celeridad y seguridad asociados al arbitraje internacional.

## 5. CONCLUSIONES

La tecnología ha permeado todos los ámbitos de la vida y ha cambiado la forma en la que las personas se relacionan. En particular, la tecnología ha modificado la forma en la que las relaciones comerciales se perfeccionan y las diversas formas en las que las aproximaciones jurídicas, en términos de asesoría, son materializadas.

Son innegables las múltiples ventajas que el uso eficiente y adecuado de la tecnología trae consigo, pero de manera proporcional dichas ventajas exigen un grado superior de responsabilidad respecto a su gestión y control.

Así, de la mano del desarrollo de las sociedades y la implementación de la tecnología, aparecen conceptos como el ciberespacio, los ataques cibernéticos y la ciberseguridad, los cuales reflejan la repuesta a los cambios incesantes en la forma de relacionarnos y la forma en la que solucionamos los nuevos retos que dichas nuevas formas de relacionamiento traen consigo.

Ahora bien, lo anterior traído al plano del derecho, y en particular del arbitraje, implica, por un lado, el incremento acelerado y relevante en la implementación del uso de tecnologías de la información y herramientas digitales durante todo el desarrollo del trámite arbitral, por ejemplo, mediante la realización de audiencias virtuales, la implementación de expedientes digitales o de acceso remoto, entre otras, todo lo cual ha traído múltiples ventajas en términos de celeridad, costos y tiempos a los involucrados en los trámites arbitrales.

Por ende, es indudable que actualmente existe una relación inescindible entre el arbitraje internacional y la tecnología, lo cual, como es propio, trae consigo ciertos riesgos a los que se ven expuestos todos aquellos que acuden a la tecnología. No obstante, ello no puede nublar las múltiples ventajas que la implementación de la tecnología ha traído consigo.

Por lo anterior, si bien el uso de la tecnología trae consigo algunos riesgos como los descritos a lo largo de este escrito, por ejemplo, el robo de información, se torna vital resaltar que los mismos han sido vistos por instituciones internacionales como la IBA, la CCI, el ICCA, el NYC-BAR, entre otros, como una necesidad de perfeccionamiento y fortalecimiento de procedimientos internos, mediante la toma de medidas de seguridad, y formulación de alternativas de mitigación de riesgos, entre otras.

Por medio de la publicación de guías, protocolos y directrices dichas instituciones han aportado insumos de suma relevancia para la adopción de medidas razonables que permitan mitigar y eliminar riesgos asociados al uso de la tecnología por medio de medidas de ciberseguridad. Todo lo cual tiene como fin la promoción de la confianza del arbitraje entre los participantes de este trámite, así como el fortalecimiento de las ventajas que el arbitraje representa.

---

<sup>50</sup> International Bar Association, Cybersecurity Guidelines.

Por tanto, esta es una época propicia para que los diferentes estados e instituciones arbitrales, continúen estudiando e implementando medidas como las propuestas por medio del Protocolo de Ciberseguridad para el Arbitraje Internacional, la Guía sobre Ciberseguridad, los reglamentos internos de los Estados, entre otras, de forma tal que sea posible continuar el camino de la innovación mediante la garantía y protección de la información.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ACERIS LAW LLC. «Ciberseguridad en el arbitraje internacional». En *Arbitraje Internacional*, 30 de enero del 2020. Recuperado de <[https://www.international-arbitration-attorney.com/es/cybersecurity-in-international-arbitration/#\\_ftn5](https://www.international-arbitration-attorney.com/es/cybersecurity-in-international-arbitration/#_ftn5)>.

ÁLVAREZ, Ignacio. «El derecho del ciberespacio. Una aproximación». En *Revista de Internet, Derecho y Política IDP*, marzo 2020, n.º 30. Recuperado de <[https://www.researchgate.net/publication/339640455\\_El\\_Derecho\\_del\\_ciberespacio\\_Una\\_aproximacion](https://www.researchgate.net/publication/339640455_El_Derecho_del_ciberespacio_Una_aproximacion)>

ANURAG, Bana. *IBA cybersecurity guidelines for law firms during the COVID-19 crisis. International Bar Association*. 2020. Recuperado de <<https://www.lssa.org.za/wp-content/uploads/2020/07/IBA-cybersecurity-guidelines-for-law-firms-during-Covid19.pdf>>

ANURAG, Bana. *IBA cybersecurity guidelines*. International Bar Association, 2018. Recuperado de <<https://www.lssa.org.za/wp-content/uploads/2019/09/IBA-Cybersecurity-Guidelines-Oct-2018.pdf>>.

CÁMARA DE COMERCIO AMERICANA DEL PERÚ - AMCHAM PERÚ. *Centro Internacional de Arbitraje emite Guía de Arbitrajes Virtuales y modifica su reglamento*. 30 de abril del 2020. Recuperado de <<https://amcham.org.pe/nota-de-prensa/centro-internacional-de-arbitraje-emite-guia-de-arbitrajes-virtuales-y-modifica-su-reglamento/>>.

CÁMARA DE COMERCIO AMERICANA DEL PERÚ - AMCHAM PERÚ. *Guía de arbitrajes virtuales*. 2020. Recuperado de <[https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2020/05/Guia\\_de\\_Arbitrajes\\_Virtuales.pdf.pdf](https://amcham.org.pe/wp-content/uploads/2020/05/Guia_de_Arbitrajes_Virtuales.pdf.pdf)>.

CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL - ICC. (2021). *Reglamento de arbitraje y Reglamento de Mediación*. Recuperado de <<https://www.iccpain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>>.

CHECK POINT. «Cyber-attack trends: 2020 mid-year report». En *Check Point Research*, 22 de julio 2020. Recuperado de <<https://research.checkpoint.com/2020/cyber-attack-trends-2020-mid-year-report>>.

DE LA TORRE, Ana. «El arbitraje virtual del COVID-19 en Perú». En *LexLatin*, 29 de mayo del 2020. Recuperado de <<https://lexlatin.com/entrevistas/el-arbitraje-virtual-del-covid-19-en-peru>>

DELOITTE. *Consideraciones de ciberseguridad en medio de una pandemia global*. 2020. Recuperado de <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/gt/Documents/risk/Consideraciones-ciberseguridad-ante-pandemia-global.pdf>>.

ESPEJO, Andrea. «Arbitraje + Tecnología = Eficiencia, ¿dónde?». En *Advocatus*, 2021, n.º 40, pp. 265-273. Recuperado de <<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/5298/5095>>.

FACILITACIÓN, COMERCIO Y LOGÍSTICA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE - FAL. «La ciberseguridad en tiempos del COVID-19 y el tránsito hacia una ciberinmunidad». En *Boletín* 382, 2020, n.º 6. Recuperado de <[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46275/1/S2000679\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46275/1/S2000679_es.pdf)>.

FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, Javier y Gonzalo HIERRO VIÉITEZ. (2019). «The Draft ICCA-CPR-New York City Bar Association Protocol for Cybersecurity in Arbitration: A Leading Light, at Least». En *TDM*, 2019, n.º 3. Recuperado de <<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2645>>.

FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, Javier; HIERRO VIÉITEZ, Gonzalo y Yaiza ARAQUE MORENO. «Ciberseguridad y arbitraje internacional: el protocolo de ciberseguridad en arbitraje internacional del ICCA, el NYC BAR y el CPR». En *Themis - Revista de Derecho*, enero-junio de 2020, n.º 7, pp. 547-557. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7882648.pdf>>.

FETSYAK, Ihor. «Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español». En *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja (Redur)*, diciembre 2020, n.º 18, pp. 197-236. Recuperado de <<https://doi.org/10.18172/redur.4898>>

FOLSON, Thomas. «Defining Cyberspace (Finding Real Virtue in the Place of Virtual Reality)». En *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, 2007, vol. 9. Recuperado de <<https://journals.tulane.edu/TIP/article/view/2525>>.

FRETT, Nahun. «¿Qué es un ciberataque?». En *Auditool*, 9 de junio del 2015. Recuperado de <<https://www.auditool.org/blog/auditoria-de-ti/3423-que-es-un-ciberataque>>.

GARCÍA, Luis Felipe. (2017). «Contratos inteligentes en *blockchain*. Una propuesta de *lege data* para el derecho privado colombiano en materia contractual». En *Anuario de Derecho Privado*, 2017, n.º 2. DOI: [dx.doi.org/10.15425/2017.350](https://doi.org/10.15425/2017.350). Recuperado de <<https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/anuario2/1Garcia doctrina.pdf>>.

INSTITUTO NACIONAL DE CIBERSEGURIDAD DE ESPAÑA. *Glosario de términos de ciberseguridad*. Gobierno de España. Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. 2017. Recuperado de <[https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia\\_glosario\\_ciberseguridad\\_mestad.pdf](https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_glosario_ciberseguridad_mestad.pdf)>.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE - ICC. *Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings*. París: ICC Publication, 2022. Recuperado de <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2022/02/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-leveraging-technology-for-fair-effective-and-efficient-international-arbitration-proceedings.pdf>>.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, NEW YORK CITY BAR ASSOCIATION E INTERNATIONAL INSTITUTE FOR CONFLICT PREVENTION AND RESOLUTION - CPR. *ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration. (2020 Edition). New York Arbitration Week Special Printing*. 2019. The ICCA Reports n.º 6. Recuperado de <[https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media\\_document/icca-nyc\\_bar-cpr\\_cybersecurity\\_protocol\\_for\\_international\\_arbitration\\_-\\_electronic\\_version.pdf](https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/icca-nyc_bar-cpr_cybersecurity_protocol_for_international_arbitration_-_electronic_version.pdf)>.

ÍSCAR DE HOYOS, Javier F. y Ana M. BARRIGA VEGA. «Ciberseguridad. Desde la perspectiva del arbitraje internacional». En *Revista de Derecho Yachaq*, 2022, n.º 13. Recuperado de <<https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/917/1137>>

IZAGUIRRE, Jorge. «Análisis de los Ciberataques realizados en América Latina». En *Innova Research Journal*, 2018, n.º 9, vol. 3, pp. 180 a 189. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6778118>>.

LESSIG, Lawrence. «Las leyes del ciberespacio». En *Themis*, 2002, n.º 44, pp. 171 a 179. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110282.pdf>>.

LETURIA, Francisco J. «Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?». En *Revista Chilena de Derecho*, 2016, n.º 1, vol. 43, pp. 91-113. Recuperado de <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n1/art05.pdf>>.

LINARES, Natalia. *Los ciberataques en el derecho internacional público*. Trabajo de final de grado en Derecho. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2019. Recuperado de <<https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/42136/TFGdret1819NataliaLinares.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

LONDOÑO, Néstor. «El uso de las TIC en el proceso judicial: una propuesta de justicia en línea». En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, enero-junio de 2010, n.º 112, vol. 40, pp. 123-142. Recuperado de <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3420001.pdf>>

MARTÍNEZ, Carolina. «La inteligencia artificial y su aplicación en el campo del derecho». En *Alegatos*, 2012, n.º 82. Recuperado de <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30570.pdf>>.

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES DE COLOMBIA. *Ciberseguridad*. Recuperado de <<https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Glosario/C/18723:Ciberseguridad>>.

MORET, Vicente; RODRÍGUEZ-SASTRE, Iñigo y Elena SEVILA. «La ciberseguridad: nuevo paradigma en el mundo del arbitraje». En *La Ley. Mediación y Arbitraje*, abril-junio 2021, n.º 7. Recuperado de <<https://es.andersen.com/recursos/doc/portal/2021/01/18/ciberseguridad-nuevo-paradigma-en-el-mundo-del-arbitraje-andersen.pdf>>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE NORMALIZACIÓN - ISO. *Tecnologías de la información - Técnicas de seguridad - Directrices para la ciberseguridad*. GTC-ISO-IEC 27032:2020. 2012.

PASTORE, Baldassare. «Soft law y la teoría de las fuentes del derecho». En *Soft Power*, 2014, n.º 1, vol. 1, pp. 74-89. Recuperado de <<https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/SoftP/article/view/1772>>.

PEÑA, Daniel. «El derecho del ciberespacio. Fundamentación tecnológica en el análisis del derecho». En *Con-texto*, diciembre 2001, pp. 57-60. Recuperado de <[https://www.researchgate.net/publication/46564878\\_El\\_derecho\\_del\\_ciberespacio\\_Fundamentacion\\_tecnologica\\_en\\_el\\_analisis\\_del\\_derecho](https://www.researchgate.net/publication/46564878_El_derecho_del_ciberespacio_Fundamentacion_tecnologica_en_el_analisis_del_derecho)>.

PIEDRAHITA, Gustavo. «Innovación tecnológica en el arbitraje nacional». En *Asuntos Legales*, 12 de febrero del 2022. Recuperado de <<https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/gustavo-piedrahita-forero-3301405/innovacion-tecnologica-en-el-arbitraje-internacional-3301397>>

RIVERA, Irma. «La implementación de tecnologías en el arbitraje». En *Avani*, 2020, n.º 1, pp. 89-99. Recuperado de <<https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A4-pp-89-99.pdf>>.

RUIZ, Santiago. *Protección de datos y seguridad digital en Colombia. Una propuesta sobre la necesidad de adhesión al Convenio de Budapest» (2001)*. Bogotá: Universidad de los Andes, noviembre de 2017. Recuperado de <<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/39748/u806596.pdf?sequence=1>>.

SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION. *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*. Recuperado de <<https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>>

SHARIEF, Kamran. «What is Cyberspace? – Definition, Features and More». En *Computer Tech Reviews*, 2019. Recuperado de <<https://www.computertechreviews.com/definition/Cyberspace/>>.

The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence - CCDCOE. *The Tallinn Manual*. 2013. Recuperado de <<https://ccdcoe.org/research/tallinn-manual/>>.

URUEÑA, Francisco. «Ciberataques, la mayor amenaza actual». En *Documento de Opinión 09-2015 del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 16 de enero del 2015. Recuperado de <[https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_opinion/2015/DIEEE009-2015\\_AmenazaCiberataques\\_Fco.Uruena.pdf](https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEE009-2015_AmenazaCiberataques_Fco.Uruena.pdf)>.

VALENCIA DUQUE, Francisco Javier. *Ciberseguridad*. Recuperado de <[http://pensamiento.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/desarrollo-sostenible/Simposio\\_4a\\_Revolucion/8\\_Francisco\\_javier\\_valencia/9\\_Francisco\\_Javier\\_Valencia.pdf](http://pensamiento.unal.edu.co/fileadmin/recursos/focos/desarrollo-sostenible/Simposio_4a_Revolucion/8_Francisco_javier_valencia/9_Francisco_Javier_Valencia.pdf)>.

VALOYES MOSQUERA, Amancio. «Ciberseguridad en Colombia». En *Universidad Piloto de Colombia. Seminario (SLA)*. Recuperado de <<http://repository.unipiloto.edu.co/bitstream/handle/20.500.12277/6370/CIBERSEGURIDAD%20EN%20COLOMBIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.





# **DISPUTES BOARDS Y JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN EL PERÚ**

Ricardo Rodríguez Ardiles\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Los *dispute boards*.— 3. Clases de *dispute boards*.— 4. De la oportunidad de la constitución de los *dispute boards*.— 5. De los adjudicadores o miembros del panel.— 6. Los contratos colaborativos y los *dispute boards*.— 7. Las juntas de resolución de disputas en Perú.— 8. Similitudes y diferencias entre el *dispute board* y la junta de resolución de disputas.— 9. Conclusiones.— 10. Bibliografía.

## **1. INTRODUCCIÓN**

La elección del Perú como sede de los XVIII Juegos Panamericanos del año 2019, de cuyo éxito se ha ponderado en diferentes ámbitos, significó el inicio del uso de nuevas herramientas de contratación, entre ellas, los contratos de Gobierno a Gobierno, los contratos colaborativos y con tales la implementación de los *dispute adjudication boards*. Esta experiencia, dados sus resultados, conllevó a que en la legislación nacional se introdujera conceptos hasta entonces no difundidos con amplitud, tales como la asignación de riesgos, el de contratos colaborativos, la utilización de procedimientos o sistemas como el BIM,<sup>1</sup> el PMO,<sup>2</sup> entre otros, tendientes a crear un ámbito favorable al cumplimiento de las obligaciones pactadas dentro de un espíritu de colaboración y confianza mutua, especialmente en contratos en que una de las partes es el Estado o una de sus entidades.

Igualmente, el concepto del denominado *open book* que permite que las partes compartan información a fin de que, en contrario del esquema contractual tradicional, las decisiones sean producto de consensos en favor del proyecto, por cuanto es a través de ello que se espera que el proyecto alcance su culminación dentro de los márgenes esperados, de plazo y costo, puesto que son los contratantes los que han intervenido en procura de dicha finalidad y no solamente, como en el esquema tradicional, de buscar responsables por cualquier perturbación a tal propósito. Pasar del «ganar ganar» al «ganemos todos» a través de la conclusión del proyecto es, posiblemente, el mejor resumen de este nuevo enfoque colaborativo.

Dentro de ese contexto, el manejo de las discrepancias resulta relevante, no solo porque es conocido el alto nivel de conflictividad existente en la ejecución de todo proyecto de construcción, sino que dentro de un enfoque de colaboración y cumplimiento de las partes sobre el manejo de los riesgos con alertas tempranas que conllevan que aborden la preocupación expresada y recíprocamente, sin mengua de las obligaciones pertinentes, coadyuven a la solución temprana, a fin de no generar que la discrepancia se convierta en controversia.

Es ahí donde surge la intervención de los *dispute boards* como herramienta o procedimiento que facilita la solución de conflictos, ya sea actuando como un asistente informal de las partes, emitiendo

---

\* Consultor empresarial en arbitraje, junta de resolución de disputas (*dispute boards*), derecho administrativo, construcción y contratación con el Estado.

<sup>1</sup> *Building information modeling*, sistema de gestión de obras de construcción basado en el uso de un modelo tridimensional virtual relacionado con base de datos que permite producir y almacenar toda la información necesaria respecto de todas las fases de la obra.

<sup>2</sup> Project Management Office, departamento dentro de una organización que gestiona y centraliza todos los proyectos que se realizan en una empresa, manteniendo y impulsando los mejores estándares de eficiencia.

una decisión no vinculante, o una de carácter vinculante, según sea el pedido que se le formule. De todo ello nos ocuparemos más adelante.

Así las cosas, los legisladores consideraron que podría resultar adecuado introducir en la legislación nacional, y dentro del marco ordinario de la contratación con el Estado, una versión local de los *dispute boards*, y asumiendo sus principios dieron origen a la junta de resolución de disputas, mediante disposiciones específicas dentro de los límites de la normativa de contratación pública, de lo cual efectuaremos, asimismo, algún alcance.

Esta breve introducción carecería de objeto si no se mencionara que el doctor César Guzmán-Barrón, en su calidad de director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, percibió la importancia y la trascendencia de los *dispute boards* y desplegó diversas acciones para la difusión de los mismos, llegando a convertir al CARC-PUCP en pionera, dentro de las organizaciones nacionales, en tener un reglamento sobre el particular y convertirse en administradora de *dispute boards*.

## 2. LOS *DISPUTE BOARDS*

Roberto Hernández García<sup>3</sup> ha acuñado, con acierto, una definición de *dispute boards*, de acuerdo con el siguiente concepto:

Medio de solución de controversias que tiene su origen en un acuerdo contractual contenido en un acuerdo de construcción o acuerdo independiente, en el que una o más personas, denominadas panelistas o adjudicadores (El Panel), tiene la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto de construcción durante el tiempo de su ejecución, y en base a [sic] las solicitudes expresas de las partes contratantes y a las reglas escogidas por el panel emitir i) una consulta informal que procure resolver la controversia; ii) una recomendación; y/o iii) una decisión que permita resolver la controversia durante la ejecución del proyecto con el objetivo de que el proyecto continúe con esa discrepancia resuelta.

Compartimos la referida definición que, sin embargo, desde nuestra perspectiva requiere ser complementada con la labor de «prevención de controversias» que se encuentra presente en cada una de las visitas y reuniones que efectúan los adjudicadores a las obras y en las que celebran con las partes contratantes a fin de alentarlos a que mediante el diálogo fructífero encuentren caminos de solución a la discrepancia en ciernes o a la incipiente controversia, puesto que dichas discrepancias constituyen retos del proyecto y, como tales, deben ser afrontados y resueltos.

Gustavo Paredes Carbajal<sup>4</sup> refiere como orígenes de este medio de solución de controversias la preocupación de manejar eficientemente los proyectos de mayor envergadura y que la concepción original de los *dispute boards*, pero bajo la modalidad de *dispute review boards* - DRB, se generó en Estados Unidos de Norteamérica, particularmente para los contratos de grandes obras de ingeniería, túneles, represas, diques.

La utilización más documentada se encuentra con ocasión de la construcción de la Represa de Boundary en Washington (EE. UU.) bajo la denominación de *joint consulting board*, en la década de los años sesenta, que puede ser considerada como el primer desarrollo de lo que en el futuro inmediato serían los *dispute boards* - DB.

A continuación, en el año 1975, se diseñó un DRB para la construcción del Túnel Eisenhower en Colorado (EE. UU.), y en 1980, en Honduras, con ocasión de la construcción de la Represa y Central Hidroeléctrica El Cajón. En los noventa, algunos proyectos internacionales como el Euro

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto. «*Dispute boards* (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias». En HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto (coordinador). *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 23.

<sup>4</sup> PAREDES CARBAJAL, Gustavo. «Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción. Un acercamiento a los *dispute boards*». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2009, n.º 8.

Túnel o canal de la Mancha, entre Gran Bretaña y Francia, el nuevo aeropuerto internacional de Hong Kong y la Hidroeléctrica Ertan en China, utilizaron los DB. Con posterioridad, con algunas particularidades, se fue haciendo de uso más frecuente del modelo toda vez que entidades como el Banco Mundial (1995) y la Fidic (1995-1999), lo fueron introduciendo en sus contratos modelo, y en el año 1996 se creó el *dispute adjudication board* que mereció casi inmediato reconocimiento. A ello, hay que referir que, igualmente, fue asumido por el Banco de Desarrollo de Asia y el Banco Europeo para la Reconstrucción y Desarrollo (1997), y el impulso que le brindara y que continúa en el tiempo por parte de la ICC (2004) al dictar normativa específica. En el 2008, la Agencia de Cooperación Internacional de Japón - JICA, igualmente los adoptó para los proyectos que financia y así, sucesivamente, en todos los ámbitos a nivel mundial.

Ahora bien, este desarrollo de los DB fue producto de la eficiencia y eficacia que mostraron en la solución de controversias y que permitió que los proyectos concluyeran sin mayores contratiempos, incluso, la mayor parte de las veces, sin reserva respecto de las decisiones emitidas y asumidas por las partes, evitándose o reduciéndose, significativamente, los conflictos posconstrucción.

Celeridad en la decisión respecto de la circunstancia que le fue puesta en su conocimiento, asegurar la continuidad de la obra mediante decisiones apropiadas y, con ello, evitar el incremento de costos, retrasos en la culminación o disminución de la calidad esperada, todo dentro de un ambiente de colaboración y confianza permanentemente incentivado, son parte de los mejores atributos que los DB pueden exhibir para resaltar su valía.

### 3. CLASES DE *DISPUTE BOARDS*

Tal como se advierte de lo expuesto anteriormente, existen varias modalidades de DB sin menoscabo de la igualdad de la composición de cada uno de ellos, dependiendo de la calidad que poseen sus pronunciamientos respecto o frente a las partes contratantes.

*Dispute review boards* (DRB): en esta modalidad, los adjudicadores conformantes del panel emiten pronunciamientos que únicamente recomiendan a las partes contratantes respecto a las reclamaciones o discrepancias formuladas. Las partes no están obligadas a su cumplimiento, por lo que basta expresar una reserva en torno al pronunciamiento para que dicha parte quede habilitada para recurrir a un órgano jurisdiccional sea arbitral o de la justicia ordinaria para alcanzar una decisión final en torno a la discrepancia.

*Dispute adjudication boards* (DAB): en esta modalidad, los adjudicadores conformantes del panel emiten pronunciamientos de carácter obligatorio para las partes y, por ende, estas deben cumplirlas de manera inmediata, por cuanto de poseer discrepancia lo determinado en la decisión no se suspende en tanto no se produzca una disposición arbitral o judicial que la deje sin efecto. Esta es la que más se ha empleado en el Perú desde su introducción con ocasión de los contratos celebrados para la ejecución de las obras de infraestructura de los Juegos Panamericanos en el año 2019.

Cabe señalar que se reconoce, asimismo, la existencia de *combined dispute boards* (CDB) en las que las decisiones de los adjudicadores pueden ser recomendaciones y, en otros casos, obligatorias.

En la práctica, las DAB poseen la posibilidad de emitir decisiones recomendatorias, obligatorias y de asistencia informal, según sea la solicitud de los contratantes, teniendo presente que las opiniones que emite no le es exigible al DAB si posteriormente esa circunstancia le es sometida a su conocimiento y decisión como sumisión formal, por lo que si bien en el campo teórico la clasificación previamente señalada es pertinente, en los reglamentos específicos, como el de la Cámara de Comercio Internacional - CCI, reconoce, de una parte, que si bien los DB no son tribunales arbitrales y sus conclusiones no tienen fuerza ejecutiva como los laudos arbitrales, la fortaleza de las decisiones que emiten los paneles de expertos adjudicadores radica y tiene su sustento en los términos de la relación contractual, de ahí que un incumplimiento de una decisión vinculante se entiende como un grave

incumplimiento contractual, lo que conlleva la adopción de las medidas previstas en el contrato para tal circunstancia o en la legislación que resulte aplicable.

#### 4. DE LA OPORTUNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS *DISPUTE BOARDS*

En cuanto a la oportunidad de la constitución de los DB, y tal como puede advertirse del propio concepto, donde se releva la importancia de que los adjudicadores o el panel conozca de manera física y documental el proyecto de manera integral y, en tal virtud, la constitución de este es recomendable, sea desde el inicio de la obra, de manera prácticamente simultánea a la firma del contrato.

Si tal comportamiento es el óptimo, no es infrecuente que los DB sean constituidos de manera posterior, y más probablemente cuando se encuentra en ciernes alguna discrepancia próxima a convertirse en disputa. Estos DB que podrían ser específicos o *ad hoc*, incluso, por tanto, temporales, poseen varios deméritos, la carencia de conocimiento de los hechos de manera simultánea a su producción, lo que obligará a una labor de reconstrucción que por mucha que sea su información carecerá de un elemento primordial: la inmediatez.

En uno y otro caso, sin embargo, hay un presupuesto necesario y que requiere de manera explícita ser asumido por las partes: el creer en el procedimiento de los DB y tener necesaria confianza en la calidad de los adjudicadores que ellos mismos designan y contratan como elementos propulsores de prevención y solución de controversias. Sin esta premisa, y si la constitución de un DB es por cumplir una formalidad, la posibilidad de éxito se verá seriamente afectada y, con seguridad, las acciones del DB poseerán no pocos obstáculos en el desarrollo de sus actuaciones.

#### 5. DE LOS ADJUDICADORES O MIEMBROS DEL PANEL

Una de las más importantes notas de los DB es que los adjudicadores, esto es, los miembros del panel, no son designados de manera individual por cada parte, sino que todos sus integrantes son designados por ambas partes contratantes, de modo tal que existe de manera plena, y desde el inicio, un reconocimiento compartido de los contratantes en torno a la idoneidad o cualificación de cada uno de los adjudicadores, para cuyo efecto celebrarán contratos tripartitos, en los que intervendrán, necesariamente, el contratante o comitente, el contratista y el adjudicador.

Asimismo, y dado que las discrepancias que se suscitan en el devenir de la ejecución de un proyecto no son exclusivamente técnicas y, más bien, con frecuencia, en todas ellas existen alcances de índole legal o contractual, en los paneles los adjudicadores son expertos en profesionales solventes en materia de construcción e ingeniería, es apreciado que participen además de ingenieros o arquitectos, abogados con experiencia en contratos de construcción.

Téngase en cuenta sobre el particular que las decisiones que se emitan, cualquiera sea su clase, informal, recomendatoria, vinculante, se adoptan en función del contrato, el cual no solo es una descripción de naturaleza técnica, sino que, en gran medida, posee también aspectos de carácter legal que le brindan el marco obligacional dentro del ámbito contractual y en el que el uso de determinadas terminologías y sus alcances hacen necesaria la intervención de abogados conocedores de la materia.

Sin embargo, no basta la excelencia en la cualificación para ser adjudicador miembro de un panel, se requiere y demanda que el adjudicador sea independiente e imparcial respecto de las partes, sin conflicto de intereses respecto de alguna de ellas, esto es, un alto nivel de ética que permita asegurar que las recomendaciones y decisiones que emita se rigen exclusivamente por el contrato y el proyecto. En este aspecto, los códigos de ética que regulan el comportamiento de los árbitros, así como las reglas de *soft law* como las directrices de la IBA sobre el particular, se consideran aplicables a los adjudicadores.

En el mismo sentido de lo señalado, pero esta vez incluyendo a las partes del contrato de obra, es pertinente fortalecer el conocimiento de los DB y su propia identidad a fin de que quienes se vinculan con él tengan siempre presente que no se está ni participa de características que son propias de otros mecanismos como la conciliación, el arbitraje, la mediación u otros.

## 6. LOS CONTRATOS COLABORATIVOS Y LOS *DISPUTE BOARDS*

Juan Eduardo Figueroa Valdez<sup>5</sup> afirma:

Existe una amplia gama de contratos en materia de construcción que pueden enmarcarse dentro del espectro colaborativo, los cuales van variando según sus participantes, el nivel de participación que tiene el dueño, la distribución de los riesgos, entre otras cláusulas y aspectos que, en definitiva, determinan cuán colaborativo es un contrato en particular.

Al respecto, Hayford plantea que algunas de las características propias de este tipo de contratos son las siguientes:

- Regulación de compromisos contractuales de cooperación y que las partes se obliguen a actuar de buena fe en todo el *iter* contractual;
- Establecimiento de mecanismos de alerta temprana, cuya función es advertir a los demás participantes del proyecto sobre eventuales dificultades emergentes, con el objetivo de contar con mecanismos de solución antes de que el problema siga creciendo y sea más difícil de abordar;
- Participación prematura, desde la fase de diseño del proyecto, tanto del contratista principal como de los subcontratistas;
- Fijación de acuerdos de gobernabilidad, con el objeto de facilitar la toma de decisiones y la resolución de eventuales problemas y dificultades que se presenten en el camino;
- Establecimiento de acuerdos de pago en favor de los participantes, que los incentiven, desde el punto de vista financiero, a actuar considerando los intereses del proyecto por sobre sus intereses particulares;
- Cláusulas de renuncia a las acciones legales en contra de los demás participantes del proyecto, en caso de errores, incumplimientos involuntarios y negligencias, exceptuando obviamente el caso en que la falta de cumplimiento del contrato sea voluntaria.

Estas características, o algunas de ellas, suelen estar presentes en los contratos de construcción de tipo colaborativos, aunque su contenido irá variando de un modelo a otro. Hay modelos más colaborativos que otros, que se ubican en un plano intermedio, donde habrá ciertas cláusulas que las partes decidirán omitir, como, por ejemplo, la de renuncia de acciones, que genera mucha resistencia y suele ser propia de los acuerdos que están en la vereda más extrema de la colaboración.

Sin embargo, a falta de una definición explícita, acuñamos una de contrato colaborativo, aun a riesgo de no comprender la totalidad de su propósito. En tal sentido, señalaremos que un contrato colaborativo es aquel en que las partes, de manera conjunta, incorporan procesos posibles de ser desarrollados de consuno mediante procedimientos reglados para que se genere de manera constante y no solo espontánea, la colaboración en favor de la culminación del proyecto, dentro del marco del contrato y de manera integrada, dando cumplimiento a la obligación que han pactado y en un ambiente de buena fe y recíproco reconocimiento a efectos de evitar incremento de costos, retrasos injustificados o cualquier tipo de afectación a la conclusión del proyecto, generándose entre los intervinientes una sinergia constante. Transparencia, aprendizaje constante, reconocimiento de calidades de los intervinientes, colaboración, respeto mutuo, buena fe, participación equitativa, integración.

<sup>5</sup> FIGUEROA VALDEZ, Juan Eduardo. «La distribución de los riesgos en los contratos colaborativos de construcción». En *Derecho & Sociedad*, 2020, N° 55.

En ese marco conceptual, de trato horizontal entre partes y con las características ya descritas, el manejo de la discrepancia o controversia requiere igualmente de un procedimiento, mecanismo o herramienta que permita que, dentro del clima propio del contrato colaborativo, aquellas sean tratadas eficientemente, pues será precisamente la decisión cèlebre que se adopte la que posibilite la continuidad de la obra y la conclusión del proyecto.

Jerry Brodsky<sup>6</sup> afirma con acierto:

Todo proceso de resolución de controversias ya sea contractual o por requerimiento legal, para ser verdaderamente efectivo, debe atender las necesidades reales y fundamentales de las partes, y así evitar tener un impacto negativo en la actividad comercial que generan estas controversias. En el caso de procesos de resolución de controversias que se inician y llevan a cabo durante, y no una vez concluida, la actividad comercial que las genera, la efectividad del proceso no se mide considerando solamente la calidad de la resolución a la que se llega, o el costo, tiempo y/o desgaste incurrido por las partes durante el proceso, sino también, y fundamentalmente, en la forma en que el proceso de resolución de controversias opera paralelamente a la actividad comercial, ya sea promoviendo su continuidad y culminación, o interfiriendo con ella.

En ese orden de ideas, por tanto, en los contratos de construcción los intereses de las partes están claramente definidos: de una parte, el propietario o comitente poseen como interés principal que la obra se le entregue en el plazo, calidad y precio convenido; y el contratista o ejecutor, su interés para cumplir con el objetivo final de entrega de la obra o el proyecto es que se le reconozca la retribución que le corresponde acorde con las circunstancias y necesidades de la obra, sin tener que aceptar demoras no atribuibles a su parte, o costos no generados por su actividad de constructor. Ante tales perspectivas, las decisiones oportunas antes eventuales controversias, de manera eficiente y eficaz, es que se emitan con solvencia a fin de que ambos contratantes asuman esas decisiones como la solución real que permita satisfacer sus intereses.

Bajo ese contexto, los DB adquieren un reconocimiento inmediato por cuanto, como ya hemos señalado, son las partes la que designan de común acuerdo a los adjudicadores miembros del panel, a quienes se les reconoce no solo por su condición de especialistas o expertos, sino que poseen la imparcialidad e independencia que es necesaria, pero, y esto es importante, son conocedores de técnicas de motivación que permiten incentivar a los contratantes de modo tal que cualquier dificultad se convierta en un reto que debe ser superado de manera conjunta.

Ahora bien, las controversias en los contratos colaborativos tiene un procedimiento de manejo distinto al de otros mecanismos alternativos de solución, siendo su nota quizá más relevante la comunicación permanente entre las partes desde el potencial inicio de una situación que puede conllevar a controversia, el uso de advertencias de potenciales riesgos y de alertas tempranas respecto de las cuales quien las efectúa debe necesariamente poseer una actitud proactiva, esto es, no solo describir el hecho o la circunstancia que genera preocupación, sino posibilitar alguna o algunas propuestas que permitan superarlas desde su perspectiva y dentro de los alcances del contrato.

Es, tal vez, este proceder uno de los puntos de quiebre con la relación contractual tradicional, donde prima exclusivamente a la postre el litigio por el litigio y la imputación de responsables o culpas, por cuanto en los contratos colaborativos, en que todo se trata de manera franca y abierta, *open book*, y con perspectiva proactiva, el propósito que caracteriza dichas anotaciones o comunicaciones de riesgos o alertas tempranas no es el magnificar su existencia, sino crear procedimientos de superación al evento detectado.

Si a ello le sumamos, como corresponde, la intervención del panel del DB, que por su propio desempeño posee un conocimiento inmediato y apropiado de la ejecución de la obra, ya sea incentivando a las partes a atender en un clima de colaboración, respeto mutuo y buena fe la circunstancia

<sup>6</sup> BRODSKY, Jerry. «Mesas paralelas de resolución de controversias en megaproyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica». En HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto (coordinador). *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 23, p. 71.

advertida como riesgo o en torno a la cual se ha configurado una alerta temprana, es muy factible que mediante su asistencia informal, no vinculante, esa circunstancia que preocupa a las partes sea superada con éxito.

Resalto —pues ello es, asimismo, fundamental en el procedimiento descrito— que la decisión que adopten las partes, con o sin la asistencia del panel de DB, tendrá como objetivo primordial que la obra no se detenga, siendo, por tanto, impensable la existencia de largas divagaciones respecto de la circunstancia advertida como riesgo, puesto que si esa demora conlleva que la obra deje de ejecutarse, la responsabilidad recaerá en las partes contratantes, pues con su actitud compartida afectarán al proyecto ya que, de ser el caso, ante la imposibilidad de arribar a una solución, cualquiera de ellas deberá presentar una sumisión formal a fin de que la DAB, dentro de los plazos que hayan sido pactado o del reglamento aplicable, decida sobre aquella y la obra prosiga y concluya.

Recuérdese que las decisiones del DB ante una sumisión formal por una controversia tienen fuerza vinculante, por ende, obligatoria para las partes y en caso de incumplimiento ello constituye una grave afectación a una obligación contractual que puede conllevar incluso a la resolución del mismo con las consecuencias indemnizatorias correspondientes.

Nótese que este comportamiento es casi inherente a un contrato colaborativo, puesto que las partes comparten el desarrollo del proyecto y su ejecución de una manera horizontal, en la que los tradicionales roles del comitente o propietario de pagador del servicio y, por ende, ajeno a las vicisitudes de la ejecución deja de ser tal, puesto que se demanda un involucramiento en el quehacer, ya sea directamente o a través de un representante acreditado, que permita coadyuvar a la superación de todo hecho que sea advertido como potencial factor perturbador.

De igual forma, el ejecutor no solo es un prestador del servicio, sino que igualmente debe contribuir de manera proactiva a alcanzar la conclusión del proyecto, para lo cual con un comportamiento transparente evitará que se generen circunstancias no deseadas por y para las partes, pero esencialmente para la obra.

En estos contratos, precisamente para alcanzar niveles de óptima percepción de la obra a detalle y en su conjunto, el uso de las herramientas tecnológicas como el BIM (*building information modeling*), conceptualizada como un sistema de gestión de obras basado en un modelo tridimensional virtual relacionado con base de datos, así como también la creación de PMO (*project management office*) como impulsora de una gestión eficiente de los proyectos de una empresa u organización, son algunos de los medios a utilizar para dotar de mayor eficiencia a los contratos colaborativos.

## 7. LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS EN PERÚ

Puede afirmarse, con cierta certeza, que la primera vez que se emplea la expresión junta de resolución de disputas es en la Ley n.º 30114, del 1 de diciembre de 2013, Ley de Presupuesto del 2014, que en su undécima disposición complementaria modificatoria modificó el numeral 9.6 del artículo 9 del Decreto Legislativo n.º 1012 que aprobó la Ley Marco de las asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, incluyendo además del amigable componedor a las juntas de resolución de disputas, nombre que en español se acuñó para designar a los DB.

El citado numeral, luego de reafirmar la existencia del arbitraje como medio de solución de controversias, estableció:

De igual modo, en los nuevos contratos a suscribirse podrá considerarse en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional, que las partes puedan someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, a solicitud de cualquiera de ellas, la cual estará conformada por uno (1) o tres (3) expertos que serán designados por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La Junta de Resolución de Disputas emitirá una decisión vinculante para las partes, la cual no limita

su facultad de recurrir al arbitraje. Los procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones para la elección, designación y/o constitución del Amigable Componedor y de las Juntas de Resolución de Disputas serán establecidos en el reglamento de la presente Ley. Tanto el amigable componedor, como los miembros de la Junta de Resolución de Disputas podrán ser terceros neutrales de nacionalidad distinta a la de las partes.

Aun cuando se puede apreciar del texto que en el mismo se establecieron los criterios marco para el establecimiento de las JRD, su operatividad quedó sujeta a la emisión del reglamento, a la postre aprobado mediante Decreto Supremo n.º 127-2014-EF, que abordó solamente lo relativo al amigable componedor y no a las juntas de resolución de disputas, con lo cual el propósito de la Ley quedó sin posibilidad de realizarse.

En el año 2014, la Ley n.º 30225, de 10 de julio de 2014, que aprobó un nuevo texto de la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 45, regulatorio de los Medios de Solución de Controversias de la ejecución contractual, introdujo a las juntas de resolución de disputas con el siguiente texto: «Las partes pueden recurrir a la junta de resolución de disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el Reglamento, siendo sus decisiones vinculantes».

A su turno, el Reglamento de tal norma, Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, de 9 de diciembre de 2015, estableció en sus numerales 205 al 214 los conceptos básicos necesarios para su funcionamiento. Entre ellos se destaca la precisión de que la finalidad de las juntas de resolución de disputas es «que las partes logren prevenir y/o resolver eficientemente sus controversias durante la ejecución de la obra desde el inicio del contrato hasta la recepción de la obra»; la exclusión de someter a JRD aquellas pretensiones de carácter indemnizatorio no previstas en la normativa de contratación pública, además de las referidas a adicionales y su aprobación o rechazo; la posibilidad de su pacto en contratos que superaran los veinte millones de soles; la posibilidad de que esté integrada por uno o tres miembros; la necesaria intervención de una institución como administradora de la JRD; las calidades e impedimentos para actuar como miembro de la JRD; las funciones que deben cumplir, entre ellas emitir decisiones vinculantes, absolver consultas, efectuar visitas periódicas; los honorarios y gastos de los miembros de la JRD; el plazo de 30 días hábiles de la recepción para someter cualquier decisión a arbitraje siempre y cuando se haya expresado dentro de los 7 días posteriores de recibida la decisión el desacuerdo a la JRD y a la contraparte; la obligatoriedad de cumplimiento de las decisiones; son algunos de los alcances reglados.

Era evidente que lo legislado significó un avance en la materia, mas se percibió que era insuficiente, por lo que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado emitió la Directiva n.º 020-2016-OSCE/CD, aprobada por Resolución n.º 087-2016-OSCE/PRE, de 26 de febrero de 2016, con la finalidad de desarrollar las normas complementarias requeridas para las JRD.

Con posterioridad, las normas de la Ley de Contrataciones del Estado sufrieron modificaciones hasta llegar al actualmente vigente TUO de la Ley n.º 30225, de cuyo texto, en lo que corresponde a las junta de resolución de disputas, se puede advertir: la prohibición de someter a JRD la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, así como también las referidas a enriquecimiento sin causa o indebido; pago de indemnizaciones o cualquier otro que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, precisando que todo pacto en contrario es nulo; los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, inexistencia, ineficacia e invalidez del contrato o el incumplimiento del pago final han sido precisados en lo que atañe a su exclusión del ámbito de las JRD mediante la Directiva n.º 012-2019/CD; los aspectos de resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles; supuestos diferentes a los mencionados deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final; luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el



contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el Reglamento. En los casos en que resulte de aplicación la JRD, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la JRD solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el Reglamento. Todos los plazos son de caducidad.

Por su parte, la norma reglamentaria, Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, de 29 de diciembre de 2018, señala algunas precisiones en cuanto a las JRD que resultan relevantes. Así, establece que en caso de resolución de contratos, la JRD es competente para conocer y decidir las controversias que surjan hasta la recepción de la obra por la entidad; así como también que no pueden someterse a una JRD pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública; posibilita que de no haber sido pactado en el contrato original, las partes puedan acordar incorporar a la cláusula de solución de controversias del contrato que las soluciones de estas estén a cargo de una JRD en aquellos contratos de obra cuyos montos sean iguales o superiores a cinco millones con 00/100 soles (S/ 5 000 000,00), siendo esta incorporación obligatoria para contratos cuyos montos sean superiores a veinte millones con 00/100 soles (S/ 20 000 000,00); se reitera que las decisiones emitidas por la JRD son vinculantes para las partes; la posibilidad de que las JRD esté integrada por uno o por tres miembros, según acuerden las partes, y que a falta de acuerdo entre las partes o en caso de duda, la JRD se integra por un (1) miembro cuando el monto del respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cinco millones con 00/100 soles (S/ 5 000 000,00) y menor a cuarenta millones con 00/100 soles (S/ 40 000 000,00); y, por tres (3) miembros, cuando el respectivo contrato de obra tenga un valor igual o superior a cuarenta millones con 00/100 soles (S/ 40 000 000,00).

Asimismo, que todas las JRD que ejerzan funciones en el ámbito de la Ley y el Reglamento son administradas por un centro que preste servicios de organización y administración de las mismas; se puntualiza entre otras, las funciones: i) tener un registro de miembros de JRD; ii) designar a los miembros de la JRD en reemplazo de las partes en los casos que indique la directiva correspondiente, iii) resolver las eventuales recusaciones de miembros de la JRD; iv) supervisar el cumplimiento de principios éticos por parte de los miembros mediante la aplicación de la Ley, el Reglamento y la directiva que emita el OSCE; v) informar al OSCE sobre las sanciones éticas que impongan a los miembros de las JRD; y, vi) proporcionar apoyo logístico a la JRD y a las partes. Finalmente, detalla que la designación del centro es indubitante y de común acuerdo entre las partes, y que a falta de acuerdo las partes no pueden someter sus controversias a la JRD.

En cuanto a la designación de sus miembros, precisa que cuando esté integrada por un (1) solo miembro, este es un ingeniero o arquitecto con conocimiento de la normativa nacional aplicable al contrato, así como en contrataciones del Estado. En caso esté integrada por tres (3) miembros, el presidente cuenta con las mismas calificaciones que se exigen para el miembro único de la JRD, los demás miembros son expertos en la ejecución de obras. Los miembros de la JRD cumplen con los requisitos que establezca el OSCE mediante directiva. Los impedimentos para actuar como miembro de la JRD son los mismos que se establecen para actuar como árbitro.

En lo que corresponde a las funciones, se detalla que estas comprenden a) emitir decisiones vinculantes respecto a controversias planteadas por las partes; b) absolver consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual y/o técnico, las cuales previamente son consultadas al supervisor de la obra y al proyectista, según corresponda; c) efectuar visitas periódicas a la obra en ejecución; d) otras que se establezca en el contrato respectivo, así como en la directiva correspondiente.

Con relación a los procedimientos de la JRD, se prescribe que estos son regidos por la Ley, el Reglamento, las directivas que emita el OSCE, el contrato tripartito celebrado entre los miembros de

la JRD y las partes, las disposiciones que emita la JRD y, supletoriamente, por las directivas y reglamentos del centro, en dicho orden de prelación.

Sobre los honorarios, las partes asumen en partes iguales todos los honorarios y gastos de los miembros de la JRD, conforme a lo establecido en las respectivas tablas de los centros de administración de JRD, precisándose que en caso de falta de pago por una de las partes, la otra parte puede subrogarse y efectuar el pago. En caso de que se mantenga la falta de pago, la JRD está facultada a disolverse.

En cuanto a la obligatoriedad de las decisiones que emita la JRD, son vinculantes, y de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes desde su notificación, desde el vencimiento del plazo para su corrección o aclaración, o una vez corregida o aclarada la decisión, de ser pertinente, enfatizando que ninguna autoridad administrativa, arbitral o judicial puede impedir el cumplimiento de las decisiones que emita la JRD. Se reitera que las partes están obligadas a cumplir la decisión sin demora, aun cuando cualquiera de ellas haya manifestado su desacuerdo con la misma y/o desee someter la controversia a arbitraje. El cumplimiento de la decisión de la JRD es una obligación esencial. Su incumplimiento otorga a la parte afectada la potestad de resolver el contrato.

La norma, asimismo, detalla que cualquiera de las partes que se encuentre en desacuerdo total o parcial con una decisión emitida por la JRD, dentro de un plazo de siete (7) días de notificada, envía a la otra parte y a la JRD una comunicación escrita manifestando las razones de su desacuerdo y su reserva a someter la controversia a arbitraje. Si ninguna de las partes comunica por escrito a la otra y a la JRD su desacuerdo total o parcial con la decisión en el plazo indicado en el numeral anterior o si, habiéndolo comunicado, no se inicia el respectivo arbitraje dentro del plazo respectivo, la decisión adquiere el carácter de definitiva e inimpugnable.

El agotamiento del procedimiento ante la JRD cuando este mecanismo haya sido pactado es un presupuesto de arbitrabilidad para los temas sometidos a su competencia. En el arbitraje correspondiente, la JRD no es parte del proceso. Sin embargo, las partes quedan habilitadas para el inicio de un arbitraje, en caso la JRD no haya podido ser conformada, o si no emite y notifica a las partes su decisión en el plazo previsto en las reglas de procedimiento respectivas; o si la JRD se disuelve antes de la emisión de una decisión; o si se ha producido la recepción total de la obra. En dichas circunstancias, el medio de resolución de controversias disponible para resolver la controversia es el arbitraje.

Los plazos de caducidad previstos en la Ley para someter la controversia a arbitraje se computan desde que: i) venció el plazo para que la JRD emita y notifique a las partes su decisión; ii) se comunicó a las partes la disolución de la JRD; o, iii) se ha producido la recepción total de la obra; según corresponda.

Ahora bien, todas las materias comprendidas en las decisiones de la JRD pueden ser sometidas a arbitraje siempre que la parte que se encuentre en desacuerdo haya manifestado oportunamente su disconformidad, debiendo interponerse el arbitraje respectivo dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la recepción de la obra. En estos casos se plantea un único arbitraje, con independencia del número de decisiones de la JRD que se sometan a controversia.

A su turno, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) aprobó la Directiva n.º 012-2019-OSCE/CD, mediante Resolución n.º 184-2019-OSCE/PRE de 18 de octubre de 2019, con la finalidad de desarrollar normas complementarias que permitieran la constitución, administración y desarrollo de las JRD, de cuyo contenido se aprecia la regulación del plazo que se tiene para comunicar al centro administrador de la JRD, luego de suscrito el contrato (5 días); la estipulación respecto a que las actuaciones de la JRD forman parte del expediente de contratación; los requisitos que deben comprender los centros para ser administradores de JRD y las funciones que deben cumplir; la designación por parte del centro del adjudicador cuando se trata de uno solo; la precisión de que cuando la JRD se componga de tres (3) miembros la designación de dos (2) de ellos corresponde

a las partes y el tercero es designado por los adjudicadores previamente designados, debiendo pertenecer todos los adjudicadores a la nómina de adjudicadores del centro; la oportunidad y formalidad de la suscripción del contrato tripartito de las partes con cada adjudicador, con intervención del centro; la facultad de las partes, actuando conjuntamente, de resolver el contrato; la formalidad del acta de inicio de funciones y su contenido, en especial el calendario de reuniones y visitas periódicas; el deber de información de los adjudicadores a fin de cautelar su independencia e imparcialidad; el trámite de recusación detallando que la renuncia del adjudicador no exime al centro de pronunciarse sobre la recusación; el detalle de las controversias no susceptibles de ser sometidas a la JRD nulidad, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato; la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales conforme a lo indicado en el numeral 45.4 de la Ley; las pretensiones de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de pública conforme al numeral 243.3 del Reglamento, ni las controversias referidas al incumplimiento del pago final.

Dada su trascendencia, transcribo lo que respecto al quehacer de las JRD regula la Directiva y en el que se aprecia con amplitud la finalidad práctica y objetivo:

La JRD debe desarrollar sus actividades considerando las necesidades de la obra y con la flexibilidad necesaria para adaptarse a las diversas situaciones que pueden presentarse, debiendo adoptar normas y criterios que faciliten el funcionamiento interno de la JRD. La JRD debe actuar de la forma más eficiente posible invitando en forma proactiva a las partes a no llevar a cabo acciones que impongan cargas y costos que se pueden evitar, con el propósito de privilegiar la solución de controversias en forma oportuna y lo menos onerosa posible. Asimismo, debe usar todas sus habilidades profesionales y personales para prevenir controversias y privilegiar el desarrollo del proyecto.

No cabe duda de que los adjudicadores miembros de las JRD deben tener una visión integral del proyecto, direccionar sus acciones y decisiones en favor de la obra, ser facilitadores de un actuar proactivo de las partes a fin de que de manera pronta encuentren soluciones a potenciales controversias.

La Directiva, igualmente, regula la función consultiva de las JRD, la que pueden desempeñar solo si existe una petición conjunta y en cualquier momento, siendo sus opiniones no vinculantes para las partes y que no constituye una definición que le sea exigible si con posterioridad se le somete a su decisión la controversia.

En lo que atañe a las disposiciones sobre reuniones y visitas, si bien la Directiva establece detalles, es destacable la estipulación que señala que «durante la recepción de la obra se debe programar una visita».

Finalmente, la Directiva, entre otros extremos, establece los lineamientos de ética de los adjudicadores miembros de la JRD a efectos de que puedan proceder con total y absoluta independencia, imparcialidad, buena fe y probidad; y las obligaciones de la entidad y del contratista.

## **8. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL *DISPUTE BOARD* Y LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS**

En una inicial apreciación, tal pareciera que entre los DB y las JRD no existe mayor diferencia entre ambos, pues coinciden en la finalidad y sus procedimientos son bastante análogos. Pese a ello, hay algunos matices que pudieran parecer no trascendentales pero que desde mi perspectiva son relevantes.

Tal como se ha legislado, las JRD se han incorporado a contratos que no reúnen características de ser colaborativos y, por tanto, el no poseer esa perspectiva, conlleva el riesgo que las JRD se conviertan solo en emisores de decisiones que, por cierto, posibilitan la ejecución del proyecto y la obra, pero que soslayan la prevención que es inherente a los DB y a las JRD, que se torna de difícil desarrollo

si el contrato, pero más aún si los contratantes no están imbuidos de las notas típicas de un contrato colaborativo.

Se ha invocado que tanto en la Ley de Contrataciones del Estado como en las disposiciones del Código Civil se encuentran los elementos suficientes para que las partes intervinientes entiendan y asuman que una de las obligaciones de cada uno en la ejecución contractual es el actuar de buena fe, lealtad y recíproca colaboración.

Para acreditar su afirmación se remiten, ante la ausencia de una referencia expresa en el caso de la Ley de Contrataciones del Estado, a lo establecido en el artículo 1362 del Código Civil en donde se establece como principio de los contratos, en general, que estos «deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes», de donde como la doctrina reconoce, surge la obligación y el deber de cooperación entre las partes, ya sea que se trate de un aspecto específico señalado en el documento contractual o que sin estarlo resultan ser actos que las partes o la contraparte realicen de consuno o indubitadamente por las circunstancias que fuere una de ellas está en mejor disposición de efectuar dicho acto para lograr la meta de la obra o del proyecto.

Ese alcance de concepto en los contratantes e intervinientes en un contrato, especialmente de obra pública, demanda que exista una actitud permeable y de atención inmediata en favor de la obra, con independencia de las responsabilidades que se determinen en su oportunidad, puesto que lo que interesa es que el proyecto concluya y que no se generen situaciones de conflicto que la posterguen, la visión de las partes estará en la obra.

En los contratos colaborativos, en cambio, no es necesario recurrir a reflexiones doctrinarias puesto que ello, por lo general, queda plasmado en una cláusula contractual dentro de la perspectiva que el documento contractual sea completo y de fácil entendimiento.

En ese orden de ideas, en los contratos colaborativos es frecuente el uso de expresiones tales como «el contratante, el contratista, el gerente del proyecto y el supervisor de calidad deben cumplir las obligaciones previstas en este contrato y desarrollar sus funciones en un espíritu de confianza y cooperación mutuas». Con ello se denota que todos los intervinientes son partícipes de un mismo objetivo y de un mismo propósito.

Pero ello no se agota en la introducción de una cláusula contractual, sino que se suma a otros procedimientos establecidos para brindar operatividad al enfoque colaborativo como el Registro de Riesgos, en el que se detallan los riesgos y alertas tempranas, a efectos de que mediante esfuerzo conjunto, pero cada quien en el ejercicio de su posición contractual, contribuya a su solución y evitar que se convierta en discrepancia propiciando un diálogo frecuente dentro del señalado espíritu colaborativo que favorezca que no se perturbe ni el plazo, ni el costo ni la calidad de la obra.

Lo descrito en los párrafos anteriores no se aprecia en los contratos, denominémoslos «tradicionales» en que la posición de cada interviniente está, la mayor de las veces, limitado a ejercer sus funciones dentro del parámetro que se ha impuesto, lo que restringe la posibilidad de colaborar al solo establecer responsables y responsabilidades, más que medios o procedimientos de coadyuvar a la culminación de la obra.

Un segundo matiz diferencial radica en lo que atañe a la designación de los adjudicadores, puesto que en los DB, en un gran número de casos, estos son designados los tres (3) miembros por acuerdo de ambas partes contratantes, aun cuando sean los primeros dos adjudicadores quienes proponen al tercero, a diferencia de lo que acaece en las JRD que concede la facultad de designar al tercer adjudicador y presidente de la JRD a los dos adjudicadores previamente designados por las partes. Consideramos que resulta óptimo que también sean las partes la que designen al tercer y presidente de la JRD puesto que, de esta forma, el compromiso con los profesionales y el reconocimiento que ellos efectúan con dicha designación es pleno, evitándose situaciones de recusaciones y cuestionamientos al ser las propias partes las que escogen y designan al mencionado presidente de la JRD.

Otro asunto igualmente destacable en cuanto a las diferencias entre DB y JRD es que, en las primeras, la participación de los adjudicadores en cada reunión o visita tiende a ser proactiva en el sentido de que, sin menoscabar la autonomía en la decisión que adopten los participantes, dada la inmediatez con la obra y sus circunstancias, alentarán permanentemente a los intervinientes a disipar las amenazas de controversias y resolver de consuno las alertas tempranas. En esa línea, el DB no es un espectador privilegiado del quehacer del contrato, sino que es un elemento que coadyuva al cumplimiento del mismo, sin sustituir a las partes, pero sí propiciando la generación de sinergia entre ellas, las más de las veces, recordándoles las premisas del contrato colaborativo y el compromiso que poseen con la obra misma y su finalidad, a fin de que, sin renunciar a sus legítimos intereses, prioricen esta última que tiende a satisfacer necesidades públicas o privadas, pero que requieren ser cumplidas. En contrario, y aun cuando la normativa le brinda esa misma función, la factibilidad de su realización es dificultosa por cuanto de no enmarcarse su quehacer dentro de un contrato colaborativo requerirá crear primero en las partes ese clima de buena fe y confianza recíproca, es decir, realizar una labor de apostolado en favor de la aceptación de la JRD como herramienta preventiva y que no importe, por una visión inadecuada, que sus expresiones o acciones sean consideradas en favor o en contra de alguna de las partes, más aún teniendo en cuenta que ese proceder queda registrado en audio y video, el mismo que forma parte del expediente de contratación por mandato legal.

Sobre este último aspecto, registro en audio y video, o en alguno de ellos, de todos los quehaceres de la JRD y las partes, aun cuando pudieran existir posiciones discrepantes, la referida obligatoriedad resta a los intervinientes de la posibilidad de exponer sin reserva planteamientos que pudiendo ser efectivos podrían requerir una lectura o comprensión del contrato desde una visión distinta de la hasta entonces empleada con el único propósito de favorecer a la obra. Este esfuerzo será trunco dado el riesgo que comporta que ese registro pueda ser posteriormente interpretado de manera distinta al momento en que se expuso el planteamiento.

Como se recuerda, el expediente de contratación, con base en lo reglado en la legislación de contratación con el Estado, corresponde ser entendido como el conjunto de documentos en el que aparecen todas las acciones o actuaciones referidas a una compra pública desde la decisión de adquirir hasta la culminación del contrato y, por ende, si el quehacer de la JRD está inmerso en ese criterio, sus actuaciones y los dichos de los intervinientes forman parte de aquel, con las consecuencias que ello implica a futuro.

En los DB, en cambio, si bien existe la obligación de elaborar un informe luego de cada reunión o visita, este no constituye sino un resumen de lo que se considera más relevante, pero en ningún caso es un acta detallada de la actividad realizada y que tiene por propósito servir de referencia para el devenir de futuras actuaciones, pero no limitar ni supeditar las mismas.

Otro aspecto relevante es que siendo los DB de una función primordialmente técnica, aunque con connotaciones legales, y de ahí la intervención de abogados, sus decisiones, aun cuando posean un adecuado sustento, estarán orientadas y se asumen en función a la eficiencia y eficacia que sean necesarias para coadyuvar al cumplimiento del proyecto y, como es obvio, las decisiones al margen de arbitrariedad, pero con el fundamento explícito que la que se adopte resuelven una controversia y permitirán el cumplimiento de la meta de ejecución.

En las JRD, en cambio, se observa un tono menor de relevancia respecto de tal alcance, puesto que se limita o pretende limitar las decisiones de los adjudicadores y de su razonamiento a inferencias de índole legal, cuestionándose sus acuerdos bajo la argumentación de afectación al debido proceso o de motivación insuficiente o aparente, tratando de establecer estándares ajenos a este procedimiento, afectándose con ello la eficacia de las decisiones y generando incertidumbre respecto de aquellas y su efecto en el proyecto.

Otro aspecto que no puede pasar desapercibido es que en los DB las partes, desde el inicio, dado que se considera una obligación contractual explícita, han de considerar el costo que los DB

conlleven como parte de los de obra, con lo cual se evitan que luego se generen retrasos o incumplimiento de pagos a los adjudicadores. En las JRD, en cambio, en criterio que se considera debe ser revisado, la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, mediante Opinión n.º 133-2020/DTN, de 28 de diciembre de 202, concluyó: «Los medios de solución de controversias, aunque impliquen desembolsos para las partes, no pueden formar parte del presupuesto de obra porque —de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado— no integran el valor económico de esta». Con ello se genera que los flujos de recursos para el desempeño de las JRD puedan sufrir contratiempos, lo que afecta a su finalidad y aporte.

## 9. CONCLUSIONES

La incorporación de los DB y de las JRD como medio alternativo de solución de controversias, pero mejor aún del ejercicio de una función preventiva de las mismas, constituyen, sin lugar a dudas, un acierto y debe permitir que adecuadamente utilizadas conlleve a que sean menores los proyectos que queden inconclusos y de esta forma paliar las necesidades de la nación.

Sin menoscabo de ello, y más bien para potenciar su desarrollo y efectividad, se requiere que el marco normativo de los contratos en que intervenga el Estado posea un contexto colaborativo que de modo explícito implique que las partes deben intervenir para el cumplimiento del mismo de manera franca, de buena fe y recíproca confianza.

Para tal finalidad han de incorporarse como política general la docencia y manejo de técnicas de administración eficientes, a efectos de generar sinergias en los que prime la visión del objetivo del proyecto.

Finalmente, mantener la personalidad y características propias de este mecanismo alternativo de solución de controversias, sin generar procesalismos que lo desvirtúen al tratar de incorporar el cumplimiento de formalismos y requisitos de otros ámbitos que no corresponden a los DB o JRD donde lo que siempre prima es la eficiencia y eficacia en favor del proyecto, así como una gestión por resultados.

Conviene, para concluir, recrear la sentencia de que si bien la existencia del conflicto es inherente a la condición humana y de sus acciones es, asimismo y con mayor relevancia, la facultad que se posee de encontrar soluciones a dichas discrepancias mediante procedimientos en los que prime la buena fe, recíproca confianza y colaboración en función de un objetivo común, en este caso, la ejecución de la obra o del proyecto que, tratándose de índole pública, tiene la finalidad de satisfacer necesidades de la población.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

BRODSKY, Jerry. «Mesas paralelas de resolución de controversias en megaproyectos de ingeniería y construcción: una perspectiva práctica». En HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto (coordinador). *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 23.

FIGUEROA VALDEZ, Juan Eduardo. «La distribución de los riesgos en los contratos colaborativos de construcción». En *Derecho & Sociedad*, 2020, N° 55.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto. «*Dispute boards* (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias». En HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto (coordinador). *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 23.

PAREDES CARBAJAL, Gustavo. «Métodos adjudicativos prearbitrales en la solución de reclamos en construcción. Un acercamiento a los *dispute boards*». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2009, n.º 8.

# CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA APROBACIÓN DE UNA PRESTACIÓN ADICIONAL DE BIENES Y SERVICIOS

Magali Rojas Delgado\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Modificaciones contractuales y facultades unilaterales de las entidades.— 2.1. Aprobación de prestaciones adicionales en los contratos de bienes y servicios.— 3. El proveedor como participante, postor y contratista.— 4. Elementos esenciales y consecuencias jurídicas de la prestación adicional de bienes y servicios.— 5. Conclusiones y/o recomendaciones.— 6. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, las transacciones provenientes de las contrataciones públicas en el Perú han crecido de manera exponencial. Esto se traduce, en términos sencillos, en que el Estado peruano ha aumentado su capacidad adquisitiva de bienes, servicios y de obras públicas para satisfacer las distintas necesidades requeridas por la población. Por ello, dada la importancia no solo económica, sino social que representan las contrataciones públicas deben encuadrarse en un adecuado y eficiente sistema que permita el desarrollo de un país.

Es así que tanto la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, así como su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, y las demás normas que abarcan el universo jurídico de las contrataciones públicas deben enmarcarse en un sistema normativo que permita a los proveedores de las diferentes entidades estatales una garantía absoluta en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las entidades contratantes.

No obstante, el marco regulatorio de las contrataciones públicas ha dotado a la Administración Pública, en el ejercicio legítimo del *ius puniendi* y del *ius variandi*, con ciertas facultades exorbitantes que otorga a las entidades contratantes la posibilidad de realizar modificaciones contractuales de manera unilateral, siendo una de ellas la aprobación de prestaciones adicionales.

Por tal motivo, en el presente artículo abordaremos un desarrollo de los riesgos inminentes que enfrentan los contratistas cuando en la contratación pública de bienes y servicios las entidades aprueban prestaciones adicionales que se tornan excesivamente onerosas, representando así un claro desequilibrio económico-financiero del contrato y, sobre todo, una muestra clara de inseguridad jurídica en las contrataciones del Estado.

## 2. MODIFICACIONES CONTRACTUALES Y FACULTADES UNILATERALES DE LAS ENTIDADES

En principio, las contrataciones del Estado —a diferencia de los contratos privados— tienen como particularidad y característica propia que una de las partes en dicha relación jurídica es una entidad de

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Gestión Pública por la Universidad Continental y máster en Administración Pública por el Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid. Exfuncionaria pública con casi 25 años de servicios prestados al Estado, siendo la Presidencia Ejecutiva del OSCE su último cargo. Socia de Delrot Consultores S. A. C. y vocal del Tribunal Administrativo de la OEA. Docente universitaria.

la Administración Pública que, en ejercicio de la función pública, contrata con un privado (proveedor) a fin de satisfacer el anhelado interés común.

Sobre el particular, estas entidades contratantes cuentan con potestades exorbitantes según las disposiciones establecidas en la LCE, que son clara muestra del régimen particular que envuelve la contratación pública, pues son manifestaciones propias de las facultades del *ius variandi* de la Administración Pública, cuya finalidad es la protección y tutela del interés general. En ese sentido, se tratan de reglas y disposiciones que dotan al Estado de cierta discrecionalidad para ordenar y controlar la ejecución de las prestaciones y obligaciones a cargo del contratista.<sup>1</sup>

De esta manera, Guzmán Napurí<sup>2</sup> indica que el denominado régimen exorbitante del derecho común, o simplemente régimen exorbitante, acarrea la desigualdad jurídica entre las partes. Las partes contratantes están en un plano desigual, puesto que en los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad de las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles.

Entre estas capacidades inusuales o potestades exorbitantes tenemos las de supervisar las prestaciones del contratista, interpretar administrativamente el contrato (prerrogativa de decidir la interpretación ejecutiva del contrato), anular unilateralmente el contrato, resolver unilateralmente el contrato, modificar unilateralmente las prestaciones (deductivos y adicionales), reasumir la prestación en caso de incumplimiento, sancionador al contratista por comisión de infracciones, revocar el contrato por inconveniencia, etcétera.<sup>3</sup>

Ahora bien, Sánchez Morón<sup>4</sup> enumera ciertas prerrogativas denominadas exorbitantes de la Administración Públicas, contenidas en nuestra actual normativa matriz de contrataciones del Estado, entre las cuales se encuentran:

- a) La potestad de modificar unilateralmente adicionando las prestaciones del contrato: prerrogativa ejercida con base en las facultades de *ius variandi* que ostenta el Estado; sin embargo, debe señalarse que esta potestad tiene límites derivados de criterios de razonabilidad y equilibrio financiero, ya que de otro motivo no existirían incentivos suficientes para que los particulares contraten con el Estado, sin perjuicio, por supuesto, que cualquier modificación tendría que estar sustentada en alcanzar la finalidad del contrato.
- b) La posibilidad de emitir decisiones unilaterales y ejecutivas, materializadas en actos administrativos, cuyo contenido puede dirigirse a lo siguiente: (i) realizar una interpretación del contrato; (ii) sancionar el incumplimiento del contratista mediante la aplicación directa de penalidades por mora establecidas en el ordenamiento; (iii) realizar la cancelación del procedimiento de selección antes de la suscripción del contrato; (iv) anular actos administrativos dictados durante el procedimiento de selección en aplicación del principio de legalidad; y, (v) la potestad de resolver unilateralmente el contrato si se produce alguna de las causales establecidas en la Ley.
- c) Potestad de dirección y control de las obligaciones de los contratistas en cumplimiento de sus prestaciones, en la medida que se pretende tutelar un interés general o público.
- d) Inaplicación de la excepción al incumplimiento en los contratos administrativos, por el cual el contratista debe asumir la mora de la Administración hasta límites razonables, debiendo

<sup>1</sup> VILLAVICENCIO BENITES, Luis Fernando. «El equilibrio económico financiero del contrato y las prestaciones adicionales en las contrataciones del Estado: a propósito de las materias no sujetas a los mecanismos de solución de controversias». En *Revista de Derecho Administrativo - RDA*, 2019, n.º 18, p. 165.

<sup>2</sup> GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020, p. 30.

<sup>3</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos y AGUILERA, Zita. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2019, p. 31.

<sup>4</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Capítulo XIV: Los contratos del sector público». En *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2017, decimotercera edición, pp. 640-643.



continuar con las prestaciones a su cargo y solo teniendo derecho a los intereses por la demora en los pagos.

Como se puede apreciar, en el párrafo precedente se ha enumerado una serie de facultades exorbitantes que las entidades contratantes, durante la fase de ejecución contractual, pueden realizar y aplicar a los contratos administrativos, potestades que la norma matriz de las contrataciones públicas en el Perú establece y que adoptamos para efectos del presente análisis.

En esa línea, a continuación, procederemos a desarrollar con mayor énfasis la potestad unilateral y discrecional que tienen las entidades contratantes para aprobar y/o autorizar las prestaciones adicionales en los contratos administrativos, cuyo objeto es la adquisición de determinados bienes y/o la prestación de servicios en general.

### **2.1. *Aprobación de prestaciones adicionales en los contratos de bienes y servicios***

Una idea constante en las contrataciones del Estado es que todo contrato público persigue el cumplimiento de su objeto, el mismo que pretende satisfacer la finalidad pública, permitiendo satisfacer una amplia gama de necesidades comunes que las entidades públicas requieren.

Ahora bien, en el presente artículo exclusivamente nos enfocaremos en abordar los contratos públicos que se deriven de procedimientos de selección que tengan como objeto la adquisición de bienes y/o la contratación de un servicio, dejando fuera de la esfera del presente análisis los contratos públicos de ejecución de obra por la naturaleza de cada objeto contractual.

En esa línea argumentativa, una de las prerrogativas de las entidades públicas contratantes es decidir en forma discrecional y unilateral, es decir, con el sustento técnico y legal necesario, pero sin que se requiera el acuerdo de las partes como regla general sobre la necesidad de aprobar prestaciones adicionales que se necesitan ejecutar para alcanzar la finalidad del contrato. Dicha potestad no requiere que el contratista esté de acuerdo, ya que uno de los riesgos que asume cuando presenta una oferta y suscribe el contrato en la fase de perfeccionamiento del contrato es aceptar la aprobación de prestaciones adicionales o reducciones que podrían impactar en su capacidad operativa o, en todo caso, en su expectativa de ganancia. De ello, hablaremos más adelante.

Sobre ello, el artículo 34 de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, respecto de las modificaciones del contrato, indica:

34.1 El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el Reglamento, por orden de la entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad; 34.2 El contrato puede ser modificado en los siguientes supuestos: i) ejecución de prestaciones adicionales; ii) reducción de prestaciones; iii) autorización de ampliaciones de plazo; y, iv) otros contemplados en la Ley y su Reglamento; 34.3. Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25 %) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje. (El resaltado es agregado)

Como se advierte en el citado artículo, la ley expresa que el contrato puede modificarse, sea por orden de la entidad o a solicitud del contratista, todo ello con *el propósito de alcanzar la finalidad del contrato*, modificación que deberá ser aprobada por la propia entidad y ello no deberá alterar el equilibrio económico financiero del contrato.

Asimismo, es necesario indicar que la ley se limita a establecer una solución *ex post* ante la ruptura del equilibrio financiero del contrato, esto es, la compensación económica a favor de la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio. Por lo tanto, solo se contempla una solución ante una situación en la que se apruebe una prestación adicional y el contratista procede con la ejecución del referido adicional.

Al respecto, una de las modificaciones contractuales, sin duda alguna, es la ejecución de prestaciones adicionales por un monto no mayor al veinticinco por ciento (25 %) del monto del contrato original. Asimismo, el artículo numeral 1 del artículo 157 del RLCE, sobre los adicionales y reducciones, indica:

[...] mediante Resolución previa, el titular de la entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25 %) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes; [...]. (El resaltado es agregado)

De acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, existe una serie de prerrogativas a favor de la entidad contratante que el proveedor interesado en alguna convocatoria de un procedimiento de selección debe analizar y aceptar como parte de las obligaciones que asume cuando se convierte en postor y luego en contratista. En efecto, en ese análisis de riesgos que realiza antes de decidir ser postor para luego ser contratista debe medir el riesgo potencial que la entidad contratante decida adicionar prestaciones hasta por un 25 % sin tomar en cuenta su capacidad operativa, su disponibilidad o simplemente su voluntad para aceptarlo. En este sentido, se privilegia el interés público y en virtud a ello se le otorga a la entidad contratante dichas facultades para que las gestione y sustente debidamente.

Así, para la modificación contractual de aprobación de prestaciones adicionales se requiere que confluyan básicamente 3 presupuestos: (i) la modificación contractual debe ser aprobada por la entidad mediante resolución; (ii) el monto de la prestación adicional no debe superar el 25 % del monto inicial del contrato; y (iii) la aprobación no debe alterar el principio del equilibrio económico financiero del contrato, considerando que el costo se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general, de lo contrario, previo acuerdo entre las partes.

En tal sentido, la potestad unilateral con la que cuentan las entidades contratantes para aprobar prestaciones adicionales en los contratos no es tan absoluta como parece ser, sino que se encuentra condicionada a la configuración de los tres (3) supuestos detallados en el párrafo anterior; sin embargo, existen situaciones en las que las entidades ejercen su prerrogativa y aprueban prestaciones adicionales sobre la base de un costo que no cumple con estar sustentado en los precios relacionados a las especificaciones técnicas o términos de referencia, sino que reflejan precios actualizados, pero que no han merecido por parte de la entidad, la gestión del mutuo acuerdo de las partes, lo que conlleva a una transgresión al principio del equilibrio económico financiero del contrato y que será abordado en los siguientes acápite.

En otras palabras, el Reglamento de la Ley de Contrataciones es sumamente claro al indicar que, si bien el monto de la prestación adicional no debe superar el 25 % del monto inicial del contrato, el costo de la referida prestación adicional se determina sobre la base, en este caso, de los términos de referencia o especificaciones técnicas en general y, en defecto de esto, por acuerdo de las partes. Sin embargo, en la práctica no ocurre ello, ya que, como lo hemos indicado antes, existen casos en los que las entidades determinan el costo de un adicional sin tener en cuenta lo señalado por el propio artículo 157 del RLCE.

Por tal motivo, es oportuno abordar cómo *la aprobación de prestación adicional de un contrato público, cuyo objeto es la adquisición de ciertos bienes y/o prestación de un servicio, debe tener un costo que sea determinado por*

*los costos de los TDR o por acuerdo mutuo*, de lo contrario, si las entidades no respetan ello, estarían afectado el principio económico de equilibrio financiero del contrato.

### 3. EL PROVEEDOR COMO PARTICIPANTE, POSTOR Y CONTRATISTA

Para que el Estado, sus instituciones y funcionarios sean eficientes, eficaces y éticos en la gestión de contratación pública, la ejecución de los procesos tiene que estar sometida a los mecanismos de evaluación y rendición de cuentas, y a la aplicación de mecanismos de incentivos y castigos adecuados.<sup>5</sup>

En línea con lo indicado, el procedimiento de contratación pública, además de su carácter procesal voluntario, se configura por medio de una participación de los interesados, oferentes, adjudicatarios y contratantes motivada por un propósito de colaboración, una interacción entre ellos y la Administración, con la finalidad de lograr un resultado útil al interés general y al de los particulares que concurren en respuesta a la demanda estatal.<sup>6</sup>

En ese contexto, conviene indicar que ser proveedor del Estado es una oportunidad de negocio para las pequeñas y medianas empresas formales, y también para las grandes empresas. El Estado es el principal comprador a nivel nacional, sus volúmenes de transacciones superan a los de cualquier empresa privada, por lo tanto, es una oportunidad de negocio sumamente beneficiosa para cualquier empresa del sector privado.

Por ello, un proveedor, para contratar con el Estado, tiene que encontrarse inscrito en el Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado. Una vez habilitado, este tiene la plena libertad de participar en las diferentes modalidades de contratación pública establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Consecuentemente, cuando decide participar en algún procedimiento de selección realiza un análisis costo-beneficio de todas las implicancias y obligaciones a su cargo en una eventual contratación con el Estado, encontrándose dentro de ellos todos los riesgos que se asumen en las especificaciones técnicas del bien o en los términos de referencia del servicio.

En otras palabras, el solo hecho de inscribirse como participante de un concurso público y su consecuente presentación de oferta genera un vínculo del postor con la Administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación de la buena pro, que implica, en definitiva, la concreción del acuerdo de voluntades y, por ende, la celebración del contrato.

En ese contexto, podemos afirmar que los proveedores realizan un análisis sumamente profundo de todos los pro y los contra de presentarse como postor en un procedimiento de selección, todo ello de acuerdo con lo señalado por las bases del concurso, el mismo que evalúa la utilidad de la empresa, la rentabilidad social, los riesgos previsibles a concretizarse, los incumplimientos obligacionales, modificaciones contractuales de las entidades, penalidades excesivas, etc., configurándose, de esta manera, una gestión de riesgos asumibles por parte del proveedor.

Por tal motivo, al celebrar el contrato, el contratista debe obrar con pleno conocimiento de todo lo que conlleve su participación como postor en dicho concurso, ya sea que se trate de alcances consignados expresamente en las bases integradas o que correspondan a las disposiciones de la Ley y su Reglamento, máxime en contratos cuya magnitud de los intereses en juego le impone una actuación de modo que deba prever cualquier eventualidad que pueda incidir negativamente en el resultado económico del contrato.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> SERRANO RODRÍGUEZ, Carlos. *La gestión de compra de bienes y servicios en el Estado. Un enfoque administrativo para mejorar su dirección y efectividad*. San José: Instituto Centroamericano de Administración Pública - ICAP, 2011, p. 32.

<sup>6</sup> MATA, Ismael. «Formación de la voluntad administrativa y perfeccionamiento contractual». En *Contratación pública. Doctrina nacional e internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Arequipa: Adrus Editores, 2013, vol. 1, p. 50.

<sup>7</sup> IVANECA, Miriam Mabel. «El procedimiento de la licitación pública». En *Derecho PUCP*, 2011, n.º 66, p. 272.

En todo ese proceso interno que realizan las empresas proveedoras del Estado se encuentran, además, las potestades exorbitantes de las entidades públicas que en caso de ser mal empleadas, como señala Huapaya,<sup>8</sup> es posible que los contratistas no solo decidan tomar precauciones muy costosas para evitar caer en el incumplimiento, sino que ni siquiera participarán en los procesos de selección, lo que afectaría el principio de pluralidad de postores y el indicador de postores por proceso que actualmente se encuentra incrementándose.

El razonamiento es simple: si la ejecución de un contrato con el Estado va a ser muy costoso o puede representar la generación de riesgos que modifiquen las obligaciones y derechos de las partes con contenido financiero, muchos postores optarán por no firmar estos contratos. ¿El resultado? Procesos de selección menos competitivos, menos postores y menos oportunidades de satisfacer adecuadamente los intereses del Estado.

Sobre el tema objeto del artículo, la aprobación de las prestaciones adicionales de contratos de bienes y servicios es parte de una atribución normativa otorgada a las entidades del Estado y esta debe encontrar su razón de ser en la finalidad del contrato, por lo que se encuentra supeditada, en estricto cumplimiento del numeral 34.3 del artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 157 de su Reglamento.

#### **4. ELEMENTOS ESENCIALES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PRESTACIÓN ADICIONAL DE BIENES Y SERVICIOS**

En esta línea de análisis, y habiendo mencionado los tres presupuestos que la aprobación de una prestación adicional debe cumplir de acuerdo a las disposiciones de la Ley y el Reglamento, resulta necesario destacar sus elementos esenciales, cuya inexistencia generaría su desnaturalización.

En efecto, la necesidad de la aprobación de una prestación adicional responde al ámbito de competencia del área usuaria, que tiene la competencia exclusiva y excluyente de formular el requerimiento, con el propósito de atender una finalidad pública enmarcada dentro del plan operativo y estratégico de la entidad. En atención a dicha competencia será solo el área usuaria la que sustente la procedencia y necesidad de la prestación adicional dentro de los márgenes establecidos.

En esa sustentación, el área usuaria deberá verificar si es posible determinar el valor de la prestación adicional sobre la base del precio contenido en el contrato, con base en las especificaciones técnicas o términos de referencia, o si es necesario hacer un estudio de mercado y determinar el precio correspondiente, para lo cual se requerirá la participación del órgano encargado de las contrataciones. En este ejercicio, el contratista no participa en ninguna forma en la definición de la necesidad ni en el sustento y menos aún en la determinación de valor o precio. Como resultado del análisis de procedencia y sustento para la aprobación de la prestación adicional, el numeral 157.1 del artículo 157 del Reglamento establece que mediante resolución previa el titular puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales, lo que significa que la obligación contractual es aprobada en forma unilateral por la entidad contratante.

Todo ello resulta ser, por decir lo menos, extraño en razón a que las modificaciones contractuales por definición deberían generarse por acuerdo de voluntades en la medida que afectarán una relación jurídica existente y recíproca entre dos partes. Sin embargo, las prerrogativas y facultades que se otorgan a la entidad contratante desnaturalizan la relación recíproca entre las partes y genera la inequidad o desequilibrio respecto del cual el contratista no tiene ningún grado de discrecionalidad.

Dicho esto, la entidad podrá determinar el precio o valor de la prestación adicional sobre la base de los términos de referencia o de las especificaciones técnicas y, en ese caso, el contratista solo se

---

<sup>8</sup> HUAPAYA TAPIA, Ramón. «El régimen desequilibrado del incumplimiento en los contratos del Estado». En *Advocatus*, 2021, n.º 41, p. 105.

verá obligado a cumplir con la prestación adicional dispuesta bajo apercibimiento de resolución contractual por incumplimiento. En el otro caso, es decir, cuando se requiera la determinación del valor de la prestación adicional porque no puede determinarse sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia, el contratista estará obligado a suscribir la adenda en virtud de la cual se determinará el valor de la prestación adicional como resultado de un estudio de mercado.

Pero en esta segunda alternativa, ¿qué sucederá si el contratista no está de acuerdo con el precio que se ha determinado para la prestación adicional? ¿Realmente está obligado a suscribir la adenda y ejecutar la prestación adicional con ese precio? Si no está de acuerdo con el valor consignado, pero sí con la ejecución de la prestación adicional, ¿podría posponer su determinación o que se configure como controversia a ser definida en un arbitraje?

En el caso de los contratos de ejecución de obras, existe parte de las respuestas. En efecto, el numeral 205.13. del artículo 205 del Reglamento dispone:

A falta de acuerdo con el contratista, y con la finalidad de no retrasar la aprobación y ejecución de la prestación adicional, el supervisor o inspector se encuentra facultado para fijar provisionalmente un precio, el cual se aplica sin perjuicio del derecho del contratista para someterlo al procedimiento de solución de controversias que corresponda dentro de los siguientes treinta (30) días hábiles contados desde la aprobación del presupuesto de la prestación adicional. El plazo señalado en el presente numeral es de caducidad.

Sin embargo, para cuando se trata de la adquisición de bienes o la contratación de servicios no existe disposición reglamentaria que aclare el tema, lo que se complica aún más en razón a los dispuesto en el numeral 45.4 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado que establece:

La decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales no puede ser sometida a conciliación ni [a] arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el Reglamento, correspondiendo, en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

Entonces ¿un tribunal arbitral o árbitro único podría sostener que la discusión sobre la determinación del valor de una prestación adicional para el caso de la adquisición de bienes y contratación de servicios no es materia arbitrable? Consideramos que dicha posibilidad es factible y que no tener una disposición específica similar a la aplicable para el contrato de ejecución de obra genera distorsiones y también podría configurarse un desequilibrio financiero en perjuicio del contratista. En esta línea de análisis, ¿el contratista podría justificar su incumplimiento contractual ante la entidad y si es necesario en el contexto de un arbitraje, en razón a que la ejecución de una prestación adicional valorizada sin el acuerdo de partes no está cumpliendo con la disposición reglamentaria, además de generar desequilibrio financiero?

Como podemos advertir, entramos de lleno a un terreno subjetivo e interpretativo que podría no ser uniforme, lo que puede perjudicar no solo al contratista que tendría que lidiar con muchas circunstancias adversas en los escenarios planteados, sino que también se podría perjudicar la satisfacción de la finalidad pública, dejando a la casuística la responsabilidad de una definición necesaria para la normativa reglamentaria.

También resulta necesario mencionar que dentro de las consecuencias jurídicas que podría enfrentar el contratista, en la medida que la entidad contratante considere que está incumpliendo una prestación adicional dispuesta en forma unilateral y discrecional, también se encuentra la posibilidad de someterse a un procedimiento administrativo sancionador por la infracción de «Ocasionar que la entidad resuelva el contrato, incluido Acuerdos Marco, siempre que dicha resolución haya quedado

consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral», de acuerdo al literal f) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

Por tanto, el riesgo de que la entidad apruebe una prestación adicional constituye un riesgo moderado que los proveedores participantes deberían meritarse con mayor profundidad y detenimiento para desarrollar una estrategia de prevención y mitigación, lo que tendría que orientarse a la aceptación del precio que se determine, negociando lo mejor posible, para evitar así una secuela de acciones administrativas que van a perjudicar los intereses del contratista, salvo que el desequilibrio financiero sea tan grave que decidir por el incumplimiento y/o sometimiento del arbitraje se configure en situaciones menos gravosas.

Finalmente, cabe advertir que de acuerdo al numeral 157.3 del artículo 157 del Reglamento, luego de la aprobación de una prestación adicional, sea con el precio ya determinado sobre la base de los términos de referencia o de las especificaciones técnicas, o sea con el precio determinado como resultado de un estudio de mercado, con o sin acuerdo de las partes, el contratista está obligado a ampliar el alcance de la garantía de fiel cumplimiento, lo que también podría constituir un perjuicio adicional, y su cumplimiento ser requerido bajo apercibimiento de resolución contractual.

Este contexto nos lleva a reflexionar también desde un punto de vista estrictamente civil y nos vamos directamente a mencionar el artículo 1440 del Código Civil que establece:

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Sin embargo, la aprobación de una prestación adicional no configura un acontecimiento extraordinario ni imprevisible por cuanto se trata de una de las prerrogativas exorbitantes que todavía mantiene para sí el Estado, lo que impediría justificar o invocar esta figura jurídica en defensa de los intereses del Estado, salvo que solo se trate del precio de la prestación adicional, lo que finalmente podría ser discutido en sede judicial.

## 5. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Queda meridianamente claro que existe, en el ordenamiento jurídico que regula el régimen general de la contratación pública, disposiciones que reconocen y validan el ejercicio de facultades exorbitantes o prerrogativas por parte del Estado como entidad contratante, que inclusive van a implementarse sin contar con la manifestación de la voluntad de la otra parte en la relación jurídica contractual, el proveedor en su rol de contratista.

Una de esas prerrogativas constituye la aprobación de prestación adicional en los contratos de adquisición de bienes y prestación de servicios, cuya aprobación está bajo responsabilidad exclusiva de la entidad, sin que sea necesario que medie la manifestación de la voluntad del contratista.

Sin embargo, existe la posibilidad que la valorización de la prestación adicional no pueda calcularse con base en las especificaciones técnicas o términos de referencia y se requiera el acuerdo de partes, solo para la determinación de los precios involucrados. En este supuesto, el contratista podría no estar de acuerdo con el precio consignado y no existe disposición legal o reglamentaria que se aplique a esta situación, lo que lo ubica en una débil posición de defensa de sus intereses, siendo que podría generarse una situación perjudicial por excesiva onerosidad de la prestación.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2020.

HUAPAYA TAPIA, Ramón. «El régimen desequilibrado del incumplimiento en los contratos del Estado». En *Advocatus*, 2021, n.º 41.

IVANEGA, Miriam Mabel. «El procedimiento de la licitación pública». En *Derecho PUCP*, 2011, n.º 66.

MATA, Ismael. «Formación de la voluntad administrativa y perfeccionamiento contractual». En *Contratación pública. Doctrina nacional e internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Arequipa: Adrus Editores, 2013, vol. I.

MORÓN URBINA, Juan Carlos y AGUILERA, Zita. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2019.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Capítulo XIV: Los contratos del sector público». En *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Tecnos, 2017, decimotercera edición.

SERRANO RODRÍGUEZ, Carlos. *La gestión de compra de bienes y servicios en el Estado. Un enfoque administrativo para mejorar su dirección y efectividad*. San José: Instituto Centroamericano de Administración Pública - ICAP, 2011.

VILLAVICENCIO BENITES, Luis Fernando. «El equilibrio económico financiero del contrato y las prestaciones adicionales en las contrataciones del Estado: a propósito de las materias no sujetas a los mecanismos de solución de controversias». En *Revista de Derecho Administrativo - RDA*, 2019, n.º 18.





# ¿EXISTE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL PARA EL SERVIDOR O FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA DE RECURRIR DIRECTAMENTE A LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS?

Giovanna Sansotta Gutiérrez\*

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. Conceptualización de términos.— 3. Enfoque de la responsabilidad administrativa funcional.— 4. Determinación de la responsabilidad administrativa funcional ejercida por los órganos de control.— 5. Ámbito jurídico de la facultad para actuar discrecionalmente y optar por la denominada «decisión administrativa» en la normativa de contratación pública.— 6. ¿La decisión administrativa de someter la solución de una controversia a conciliación implica *per se* una responsabilidad funcional para el servidor o funcionario que la adopte?— 7. Conclusión.— 8. Referencias.

## 1. INTRODUCCIÓN

Con el transcurso del tiempo, el desenvolvimiento y credibilidad de nuestra Administración Pública ha venido disminuyendo, sea ello por un factor de falta de organización, de centralismo, de desinterés en el cumplimiento del servicio y finalidad pública, o lo que es peor aún, por los actos de corrupción que, en menor o mayor escala, suceden en las diversas instancias de la organización estatal. Es una realidad que, lamentablemente, no podemos aún superar y erradicar.

Esta simbiosis de elementos que vienen generando desconfianza en nuestra Administración Pública desde hace un buen tiempo, repercute directamente en la visión que el ciudadano tiene en la actualidad de sus autoridades y servidores del Estado. Por más suma de esfuerzos en reivindicar la actuación de aquellos frente a la sociedad, existen aún malos elementos que, con sus actos y su falta de preparación o de ética, menoscaban a los funcionarios o servidores probos que ingresan o permanecen en el aparato estatal por su buena preparación profesional, valores y vocación real de servicio a la comunidad y forjamiento del bien público.

En este contexto, es interesante abordar un tema que muchas veces resulta neurálgico por sus implicancias, para todos aquellos que transitan laboral y profesionalmente en la Administración Pública en áreas de ejecución y seguimiento contractual, específicamente nos referimos a la «responsabilidad administrativa funcional», la cual se origina del ejercicio de la labor o actividad desarrollada por un profesional, como parte integrante de la organización estatal.

Laborar para el Estado no solo conlleva una dualidad objetiva de ética y vocación de servicio, sino involucra la capacidad de adoptar «decisiones administrativas» dentro del margen discrecional permitido por la normativa de contrataciones, en aras de lograr un bien común que reditúa en la

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con grado de Máster en Gerencia Pública por la Escuela de Negocios European Centre of Innovation and Management - EUCIM Business School de España y estudios concluidos de la Maestría de Dirección y Gestión Pública seguido en la Universidad de San Martín de Porres. Con Postgrado de Gestión Estratégica de las Contrataciones y Adquisiciones Públicas otorgado por la Universidad de Lima en alianza estratégica con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

sociedad, bajo un marco de legalidad y sometimiento al ámbito normativo y reglamentario correspondientes.<sup>1</sup>

En términos simples, la labor que cada servidor o funcionario desarrolla o ejerce dentro de la administración estatal, propiamente para los efectos de la presente disertación en contratación pública, intrínsecamente comporta la adopción de grados de responsabilidad que, en su oportunidad, podrán ser susceptibles de revisión, análisis, confrontación o de algún mecanismo legal previsto que permita al estamento que ejerce la autoridad y el poder de control gubernamental concluir si esa decisión administrativa, acto o actividad adoptada o ejercida del servidor o funcionario público en cumplimiento de sus funciones deviene en algún tipo de ilegalidad o cuestionamiento que implique la imposición de sanciones administrativas, civiles e incluso penales.<sup>2</sup>

Dentro de ese escenario, se observa especialmente la limitada protección jurídica en la normativa de contrataciones del Estado para el servidor o funcionario público respecto de la facultad o atribución para adoptar ante un vacío normativo, casuística *sui generis* o la solución de un conflicto, las llamadas «decisiones administrativas», las cuales involucran no solo una posición del Estado a través del servidor público respecto de un hecho, sino que son asumidas para lograr el cumplimiento de la finalidad pública.

Bastaría citar a modo de ejemplos: la oportunidad en la cual el servidor o funcionario público debe definir el medio alternativo de solucionar una controversia que garantice el mejor resultado y el cumplimiento del objeto contractual o el acontecimiento de hechos fortuitos generados en la construcción de una obra pública que no cuente con un marco regulatorio específico y que impida la continuación o la culminación de aquella.

En los ejemplos propuestos, el servidor o funcionario público dentro de las funciones asignadas debería asumir una posición o adoptar una decisión administrativa sustentada, privilegiando el cumplimiento del objeto contractual en busca del bien común, dentro del marco legal especial u ordinario que pueda sostenerla, así como previendo la cautela de no incurrir en costos innecesarios para la realización de la finalidad pública, evitando de esa manera mayores gastos para el Estado en dilucidar ese hecho o controversia ante otras instancias de solución de conflictos previstos por la normativa de contrataciones del Estado.

Sin embargo, en la realidad, esa decisión discrecional adoptada administrativamente por el servidor o funcionario público podría *a posteriori* suscitarle una supuesta o real responsabilidad funcional, ante el análisis que desarrolle una autoridad, comisión auditora u órgano de control.

Circunstancias como los ejemplos mencionados han suscitado la generación de una serie de controversias en la ejecución de los contratos de obra suscritos por el Estado, habiéndose dilucidado las mismas —en la mayoría de los casos— directamente en procesos arbitrales, desperdiándose la posibilidad de acudir a la conciliación como mecanismo previsto por la norma, al no otorgar esta vía de solución de conflictos el marco de confianza y seguridad para que el servidor o funcionario público decida recurrir a ella y que, posteriormente, ante acciones de control, sean cuestionados y se les adjudique responsabilidad administrativa funcional por las autoridades o comisiones auditoras sin hallar mérito a los fundamentos de hecho y derecho presentados como descargo o deslinde de responsabilidades.

Lo antes mencionado es una agria realidad que perjudica —en muchos casos— el cumplimiento de metas institucionales en las entidades públicas y la viabilidad de sostener una «decisión administrativa» adoptada dentro de un marco de legalidad integral, sin ser la misma discutida o cuestionada por un parecer u opinión distinto de una autoridad u órgano de control.

<sup>1</sup> Artículo IV.- Principios. Numeral 1. Principio de legalidad, Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

<sup>2</sup> Capítulo VII, artículo 19.- Responsabilidades. Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

## 2. CONCEPTUALIZACIÓN DE TÉRMINOS

*A priori*, para abordar las implicancias que encierra la «responsabilidad administrativa funcional», resulta necesario conceptualizar las acepciones de términos como «funcionario o servidor público», «función pública», «responsabilidad» y «responsabilidad administrativa funcional», con el único objetivo de establecer el contexto sobre el cual se emiten los comentarios a desarrollar.

Constitucionalmente, todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación,<sup>3</sup> siendo la ley la que regula el ingreso a la carrera administrativa, así como los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.<sup>4</sup>

En ese contexto, en lo correspondiente al marco conceptual de «funcionario o servidor público», la Ley del Código de Ética,<sup>5</sup> la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República<sup>6</sup> y la Ley Marco del Empleo Público<sup>7</sup> lo definen como aquella persona que presta servicio al Estado en cualquiera de los niveles jerárquicos, no importando el régimen jurídico de la entidad a la que presta el servicio ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto y, que en virtud de ello, ejerce funciones en tal entidad.

Dentro de ese ámbito legal, se define como «función pública»<sup>8</sup> aquella actividad temporal o permanente, sea esta remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de una entidad de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

Pues bien, en el orden antes mencionado, para los fines que se buscan disertar en las presentes líneas resulta importante resaltar, dentro de las acepciones o significado del término «responsabilidad»,<sup>9</sup> a la alusión de la «capacidad existente en todo sujeto activo de derecho, para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente».

Esta definición o acepción general llevada al ámbito administrativo funcional se reduce aún más, puesto que aquel acto o hecho realizado libremente por un sujeto activo de derecho enfrenta, en el ejercicio de la actividad administrativa, un parámetro inobjetable imposible eludir y es, justamente, que el actuar de una persona que presta servicios al Estado, sea este servidor o funcionario público, siempre estará sujeto a las funciones atribuidas, en la modalidad de su contratación, a lo dispuesto en los documentos de gestión interna de la entidad donde desarrolle sus actividades y al ámbito establecido en el ordenamiento legal, específicamente para los fines de estos comentarios en contratos de obra pública, ceñido a la normativa de contratación, sea en la Ley de Contrataciones del Estado o en su Reglamento, respecto de los actos u acciones que deba realizar en el ejercicio de su prestación laboral como parte de la organización estatal, esto es, lo que reconocemos como «responsabilidad administrativa funcional».

Así, colegimos que la actuación de cada servidor o funcionario público debería ser medida o evaluada dentro del ámbito de sus funciones;<sup>10</sup> sin embargo, ello no siempre es así, puesto que en determinadas circunstancias, y bajo acciones revisoras de control, se prejuzga como sancionable una conducta funcional del servidor o funcionario público que cumplió dentro de su leal saber y entender, dentro del grado de conocimiento profesional, dentro de las atribuciones conferidas y como parte de la estructura organizacional de la entidad, emitiendo y/o evaluando y/o ejecutando un hecho, acto o procedimiento administrativo que *a posteriori*, en algunos casos o situaciones, resulta cuestionado por

<sup>3</sup> Artículo 39 de la Constitución Política del Perú.

<sup>4</sup> Artículo 40 de la Constitución Política del Perú.

<sup>5</sup> Artículo 4 de la Ley n.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.

<sup>6</sup> Novena disposición final de la Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

<sup>7</sup> Artículo 4 de la Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

<sup>8</sup> Artículo 2 de la Ley n.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.

<sup>9</sup> Según definición de la Real Academia Española.

<sup>10</sup> La responsabilidad del funcionario público es subjetiva, requiriendo la existencia para su configuración de dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

alguna autoridad u órgano de control bajo la premisa de una inconducta funcional<sup>11</sup> del servidor que no advirtió una situación que resultaba externa al ámbito de su competencia, pero se le termina involucrando por la simple razón de estar inmerso en el trámite, proceso o procedimiento de resolución del mismo.

Es una situación laboral bastante delicada que genera inestabilidad y malestar con repercusiones incluso económicas para los que se desempeñan profesionalmente en la Administración Pública, que ven menoscabado o frustrado, muchas veces, el ejercicio de su profesión al tener que responder ante diversas instancias de control respecto de una decisión, opinión u acto sin lograr enervar los cuestionamientos imputados por la autoridad, auditor o comisión investigadora, los cuales —en algunos casos— no consideran el ámbito funcional del servidor o la viabilidad que le otorga la ley para ejercer una «decisión administrativa» ante un hecho contemplado o no en la normativa pública, pero que fue adoptado —dentro de la facultad para actuar discrecionalmente—,<sup>12</sup> realizando un análisis FODA<sup>13</sup> o evaluando el costo-beneficio<sup>14</sup> de la misma, para lograr cautelar los fondos del Estado y culminar el objeto contratado.

Con este preámbulo hemos tratado de contextualizar el paradigma del quehacer del profesional que ejerce labor en la Administración Pública y el ámbito en el cual desarrolla o genera grados de responsabilidad funcional, sobre actos de opinión y/o gestión.

### 3. ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL

Solo en los casos en que se evidencie fehacientemente un incumplimiento funcional puede atribuirse una responsabilidad al funcionario público, llámese esta en la parte administrativa, civil o hasta incluso penal. Por ello, resulta indispensable situarnos en el marco normativo regulador de las funciones o competencia de un profesional al servicio del Estado.

De conformidad con los alcances del artículo 74 del TUO de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, «la competencia» es una potestad que corresponde asumir a quien tiene atribuida como propia, es decir, constituye un deber del funcionario público de ejercer la competencia que le corresponde cuando se presenten los presupuestos fácticos para su ejercicio.

En ese sentido, tenemos que uno de los principios que rige la Administración Pública es la distribución de competencias, entendiéndose la «competencia administrativa», como la aptitud legal expresa que tiene un órgano para actuar, debido al lugar (o territorio), la materia, el grado, la cuantía y/o el tiempo.

De ello, se comprende por «competencia» el conjunto de atribuciones de los órganos y entes que componen una entidad pública, las mismas que son precisadas por el ordenamiento jurídico o sus normas internas; consecuentemente, la competencia asignada a un ente administrativo se sitúa en un nivel y en una materia determinada dentro del organigrama institucional, por lo que la responsabilidad que le corresponde en la emisión de un acto administrativo u acto de la administración, se limita a los alcances de su «propia competencia».

En este orden se colige que las entidades públicas fijan dentro de sus organizaciones estamentos, áreas, oficinas, gerencias, direcciones, etc., a los servidores que guardan competencia en determinados temas y procedimientos, y, solo por ellos, se les atribuye competencia y responsabilidad, siendo que

<sup>11</sup> Entiéndase como un comportamiento indebido, activo u omisivo que no configura un delito, pero que resulta contrario a las facultades o atribuciones conferidas a los servidores o funcionarios públicos.

<sup>12</sup> Quinta disposición complementaria final del TUO de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo n.º 082-2019-EF.

<sup>13</sup> Es una técnica que se utiliza para identificar ante una situación, hecho o procedimiento, las fortalezas, las oportunidades, las debilidades y las amenazas, a fin de elaborar o desarrollar una estrategia.

<sup>14</sup> En el ejercicio de un análisis de toma de decisión, permite medir las opciones para obtener el mayor y mejor resultado.

ante un eventual incumplimiento serán ellos quienes asumirán las acciones de control pertinentes y, de corresponder, las sanciones administrativas, civiles e incluso penales, conforme se compruebe.

Bajo este contexto, dado que la presente disertación está dirigida a las responsabilidades funcionales de los servidores y funcionarios públicos específicamente en la decisión administrativa de recurrir a la conciliación como vía de solución de un conflicto en la ejecución de los contratos suscritos por el Estado bajo el marco legal de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento,<sup>15</sup> resulta necesario indicar que la primera norma mencionada tipifica «responsabilidades esenciales» para los profesionales que intervienen tanto en los actos preparatorios de los procesos de selección como los de ejecución contractual, independientemente del régimen jurídico que los vincule con la administración estatal, estableciéndolos como «responsables en el ámbito de sus actuaciones», las cuales deberán responder a una actividad laboral eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, es decir que sus actividades, decisiones o gestiones dentro de su quehacer laboral sean efectuadas en forma oportuna y dentro de la legalidad prevista, con el objetivo principal de cumplir con la finalidad pública y que trascienda en el bienestar de la población.

Las precitadas «responsabilidades esenciales» se encuentran prescritas en el artículo 9 del TUO de la Ley, como se cita a continuación:

Artículo 9.- «Responsabilidades esenciales

9.1 Los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación por o a nombre de la entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en el artículo 2.

De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que vincule a las personas señaladas en el párrafo anterior con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

9.2 Las entidades son responsables de prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios regulados en el artículo 2».

#### 4. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL EJERCIDA POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL

A la par de lo citado precedentemente, conviene señalar que constitucionalmente se le reconoce a la Contraloría General de la República, por ende, a toda su estructura funcional, una autonomía conforme a su ley orgánica,<sup>16</sup> dándole competencia para supervisar la legalidad de la ejecución —entre otros— de los actos de las instituciones sujetas a control.<sup>17</sup>

En ese sentido, el artículo 14 de la Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, establece que el ejercicio del control gubernamental por el Sistema Nacional de Control en las entidades es efectuado bajo la autoridad normativa y funcional de la Contraloría General de la República.

<sup>15</sup> TUO de la Ley n.º 30225, aprobado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF y Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 344-2018-EF.

<sup>16</sup> Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

<sup>17</sup> Constitución Política del Perú

Artículo 82.- «La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control[...]».

Consecuente con ello, son las propias normas de control como, por ejemplo, la Directiva n.º 007-2014-CG/GCSII, denominada Auditoría de Cumplimiento, y el Manual de Auditoría de Cumplimiento, aprobada a través de la Resolución de Contraloría n.º 473-2014-CG del 22 de octubre de 2014, modificada por Resolución de Contraloría n.º 362-2017-CG y Resolución de Contraloría n.º 136-2018-CG, la que enmarca los parámetros y las limitaciones de su accionar a través de sus servidores de control y define la finalidad de una «auditoría de cumplimiento» tal como se establece en el numeral 1.3 6) del precitado manual:

### 1.3. Definición, alcance y objetivos de la auditoría de cumplimiento

#### Definición

[...]

6. Es un examen objetivo, técnico y profesional de las operaciones, procesos y actividades financieras, presupuestales y administrativas, que tiene como propósito determinar en qué medida las entidades sujetas al ámbito del Sistema, han observado la normativa aplicable, disposiciones internas y las estipulaciones contractuales establecidas, en el ejercicio de la función o la prestación del servicio público y en el uso y gestión de los recursos del Estado.

De igual forma, el punto 2.4 numeral 63 a) del manual acotado prescribe el contexto por el cual una auditoría de cumplimiento debe ser sustentada:

a. Determinar la materialidad con relación a los riesgos de incumplimiento o desviaciones de cumplimiento, a fin de establecer el nivel y valor de la materialidad de manera cuantitativa y cualitativa de la materia a examinar con la intención de determinar el alcance apropiado de los procedimientos, detectar e informar desviaciones de cumplimiento, aplicando su juicio o criterio profesional y obtener evidencia suficiente y apropiada para fundamentar las conclusiones de auditoría de los informes.

El auditor, al elaborar una desviación de cumplimiento, debe considerar factores que le permitan desarrollar el señalamiento de aquellas en forma objetiva y realista, dando mérito al contexto de la facultad discrecional del que goza todo funcionario público acorde a ley como, por ejemplo, las condiciones al momento de ocurrir los hechos, tal como lo establece el numeral 100 del precitado manual:

#### Condiciones al momento de ocurrir el hecho

La comisión auditora debe tener en cuenta al realizar su trabajo las circunstancias que rodearon a la materia examinada, mas no aquellas existentes en el momento de efectuar la auditoría. Para obrar con objetividad y realismo, el auditor debe evitar juicios sobre el cumplimiento de la legalidad de la materia a examinar, soportado en percepciones tardías; así como asumir el peso de la prueba si su evaluación le conduce a plantear que la decisión adoptada por la entidad fue incorrecta o inapropiada, de acuerdo con la situación examinada.

#### Diferencias de opinión

En el ejercicio de su facultad discrecional, amparada en la legislación vigente que lo autorice, los funcionarios de la entidad pueden adoptar decisiones con las cuales la comisión auditora no está de acuerdo. La comisión no debe cuestionar si tales decisiones fueron tomadas sobre la base de una consideración adecuada de los hechos en el momento oportuno. Asimismo, no debe observar las decisiones tomadas por los funcionarios, por el solo hecho de tener opinión distinta acerca de su naturaleza y circunstancias en que debió ser adoptada. Al elaborar las desviaciones de cumplimiento la comisión auditora no debe sustituir el juicio de los funcionarios de la entidad examinada por el suyo.

Asimismo, agrega el citado manual en cuanto a la identificación de la presunta responsabilidad funcional cometida, sea esta administrativa, civil o penal, cuando la comisión auditora advierta el incumplimiento de la normativa aplicable, disposiciones internas y estipulaciones contractuales establecidas debe proceder a comunicar las desviaciones de cumplimientos, tomando en cuenta: i) la identi-

ficación del deber incumplido; ii) presunción de licitud; y, iii) relación causal; por lo que para determinar una responsabilidad administrativa de un servidor o funcionario público debe establecerse la obligación incumplida y la relación causal con el hecho que es materia del cuestionamiento:

**Para el análisis del señalamiento del tipo de presunta responsabilidad, se debe tener en cuenta lo siguiente:**

- Para la responsabilidad administrativa funcional se requiere establecer el comportamiento que trasgrede los deberes del servidor o funcionario público y su relación causal.

De igual manera, la Directiva de Auditoría de Cumplimiento tipifica en el anexo n.º 1: Glosario de Términos, numeral 11, la definición y alcance de una desviación de cumplimiento, entendiéndose esta como ‘actos y omisiones que denotan la inobservancia de la normativa aplicable, disposiciones internas y las estipulaciones contractuales establecidas’.

Asimismo, define el término irregularidad en el numeral 21, determinándolo como ‘una actuación contraria a las disposiciones legales, disposiciones internas y las estipulaciones contractuales establecidas, originada por una acción u omisión que genere una afectación en los recursos, bienes o intereses públicos. Pueden ser de naturaleza dolosa o culposa’.

Es más, la Directiva mencionada establece la existencia de una relación causal entre el supuesto incumplimiento con el hecho advertido, consistente en la vinculación de la causa adecuada al efecto entre la conducta activa u omisiva que importe un incumplimiento a sus funciones y obligaciones por parte del funcionario o servidor público, y el efecto dañoso irrogado o la configuración del hecho previsto como sancionable.

En ese orden, el ejercicio que realicen las comisiones auditoras deberá encontrarse enmarcadas dentro del contexto normativo precitado, así como por los principios que rigen el control gubernamental,<sup>18</sup> entre los que se privilegia la «presunción de licitud», por el cual se reputa que las autoridades, funcionarios y servidores de las entidades han actuado con arreglo a las normas legales y administrativas pertinentes.

Finalmente, conforme a los alcances de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, *para que una conducta infractora pueda ser atribuida a un servidor o funcionario público, imperativamente debe contravenir el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen*, considerándose como conductas infractoras, conforme a los alcances del artículo 46 de la acotada Ley Orgánica, las siguientes:

- a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público (concordancia: Decreto Supremo n.º 023-2011-PCM, Reglamento de la Ley n.º 29622, artículo 6).
- b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública (concordancia: Decreto Supremo n.º 023-2011-PCM, Reglamento de la Ley n.º 29622, artículo 7).
- c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento (concordancia: Decreto Supremo n.º 023-2011-PCM, Reglamento de la Ley n.º 29622, artículo 8).
- d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público (concordancia: Decreto Supremo n.º 023-2011-PCM, Reglamento de la Ley n.º 29622, artículo 9).

<sup>18</sup> Artículo 9 de la Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

En el orden normativo expuesto, para que la atribución de responsabilidad efectuada por un órgano de control a un servidor o funcionario público sea válida y a derecho, *el incumplimiento o infracción debe ser funcional o normativo; por tanto, solo bajo ese contexto podrá atribuírsele una responsabilidad funcional a un servidor del Estado y determinarse la existencia de responsabilidad administrativa, civil o penal, de ser el caso.*

Resumiendo lo antes mencionado, el surgimiento de la «responsabilidad administrativa funcional» del servidor o funcionario público se efectiviza en la contravención o transgresión de las normas instituidas para el ejercicio de la función pública, significando ello que el servidor o funcionario público incurre en una responsabilidad administrativa, *solo cuando falta a un deber funcional y vulnera el principio de legalidad*, ocasionando que el Estado haga uso de su potestad sancionadora y vea así resarcido el daño generado en el orden patrimonial.

Bajo este contexto, la cuarta disposición complementaria final de la Ley n.º 29622<sup>19</sup> tipifica los alcances del tratamiento legal que deberán cumplir los profesionales encargados de ejercer el control gubernamental en las entidades públicas respecto de aquellos casos previstos normativamente donde el servidor o funcionario público cuenta con un espacio o margen de discrecionalidad, para una determinada toma de decisión.

En ese plano regulatorio, la precitada norma restringe el actuar de los órganos de control, prescribiendo expresamente que el «parecer u opinión distinto» a la decisión administrativa adoptada por el servidor o funcionario público en un contexto o situación determinado *a priori* no habilita al profesional en control a realizar un cuestionamiento en su ejercicio por discrepar de aquella toma de decisión; por tanto, se otorga un ámbito de protección jurídica al servidor o funcionario que, en aplicación de la prerrogativa otorgada y cumpliendo con los requisitos y/o contextos para su adopción, ejerce una decisión discrecional frente a una situación o hecho presentado.

#### **Ley n.º 29622**

Cuarta disposición complementaria final.- «Criterios para el ejercicio del control ante decisiones discrecionales

En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia».

### **5. ÁMBITO JURÍDICO DE LA FACULTAD PARA ACTUAR DISCRECIONALMENTE Y OPTAR POR LA DENOMINADA «DECISIÓN ADMINISTRATIVA» EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Resulta interesante mencionar, para efecto de la materia comentada, el tratamiento que el legislador en el transcurso del tiempo ha sostenido respecto de la facultad en contratación pública, para que un servidor o funcionario público actúe discrecionalmente, adoptando una «decisión administrativa» debidamente sustentada y que resulte la más conveniente para cumplir con la finalidad pública.<sup>20</sup>

Sabemos, como lo hemos mencionado en líneas anteriores, que el quehacer diario de todo servidor o funcionario público está apremiado al cumplimiento de las funciones o facultades conferidas, así como al estricto cumplimiento del marco legal que el legislador ha prescrito para el ejercicio de los

<sup>19</sup> Ley n.º 29622 que modifica la Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional.

<sup>20</sup> En materia de contratación pública, la finalidad pública es el interés público que se busca satisfacer con la contratación.



actos donde el Estado se encuentra partícipe, específicamente a razón de la presente disertación, en lo concerniente a la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado.

La evolución de este ordenamiento legal en cuanto a la *facultad discrecional de un servidor o funcionario público para adoptar una decisión administrativa*, la observamos primigeniamente en la Ley n.º 26850, *Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuya vigencia abarcó desde el año 1997 hasta fines del año 2004*, específicamente en los alcances del título IV: «Derechos, obligaciones y sanciones», capítulo primero: «De las entidades y funcionarios», artículo 47: «De las responsabilidades y sanciones», que a tenor estableció lo siguiente:

Artículo 47.- «Los funcionarios y servidores, así como los miembros del comité especial que participan en los procesos de adquisición o contratación de bienes y servicios son responsables del cumplimiento de las normas de la presente Ley y su Reglamento.

*En los casos en que las normas establecen márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, este deberá ejercerla de forma que sus decisiones estén acordes con los principios establecidos en el artículo 3<sup>21</sup> de la presente Ley.*

La evaluación del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las decisiones discrecionales a que se refiere el párrafo precedente es realizada por la más alta autoridad de la Entidad a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de los mismos en sus cargos. Para tal efecto, la entidad podrá disponer, en forma periódica y selectiva, exámenes y auditorías especializadas [...].».

Como se observa de la norma citada, el margen de discrecionalidad que la derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado otorgaba al servidor o funcionario público en la toma de decisiones se sujetaba a un marco de legalidad un tanto subjetivo, puesto que lo enmarcaba en el respeto de los principios que regían a las contrataciones y adquisiciones públicas, como moralidad, imparcialidad, eficiencia, los cuales resultaban siendo —según conceptualización personal— solo un conjunto de valores y normas abstractos, orientados a una manera en que el servidor o funcionario debía conducirse en el ejercicio de sus facultades dentro de la contratación pública, entendiéndose además que dicho ejercicio debía ser realizado de manera eficaz, adecuado y con la calidad requerida, no especificándose parámetros, requisitos o supuestos totalmente definidos en la normativa para deslindar cualquier imputación *a posteriori* de responsabilidad funcional, bajo el análisis de una acción de control.

A fines del año 2004, mediante el *Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*, el cual, respecto al actuar discrecional en la toma de decisiones administrativas del servidor o funcionario público, estableció en sus artículos 3 y 47 (de igual literalidad y alcance a la establecida en la Ley n.º 26850, artículo 47) la viabilidad para que el servidor o funcionario público emplee o utilice los principios que regían las contrataciones y adquisiciones públicas como criterios interpretativos para la resolución de las cuestiones que pudieran suscitarse en la aplicación de la mencionada normativa, así como para suplir los vacíos de la misma, conforme se cita a continuación:

Artículo 3.- «Principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones

[...]

Los principios señalados tienen como finalidad garantizar que las entidades del Sector Público obtengan bienes, servicios y obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados; y servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la presente Ley y Reglamento, como parámetros para la actuación

<sup>21</sup> Artículo 3.- «Principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones

Los procesos de contratación y adquisición regulados por esta Ley y su Reglamento se rigen por los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario; teniendo como finalidad garantizar que las entidades del Sector Público obtengan bienes, servicios y obras de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados.».

de los funcionarios y dependencias responsables, y suplir los vacíos en la presente Ley y en el Reglamento».

En el año 2009, a través del *Decreto Legislativo n.º 1017, se aprobó una nueva Ley de Contrataciones del Estado*, en la que —a similitud de su antecesora— se estableció en el artículo 4 los principios que regían las contrataciones, prescribiéndose obligatoriamente la aplicación de aquellos como criterio interpretativo e integrador, así como el marco para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones, tipificándose en el artículo 46 la sujeción del actuar del servidor o funcionario respecto a la facultad discrecional, conforme a los principios indicados en el precitado artículo 4.

Con la *Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado*, vigente desde 9 de enero del año 2016, el legislador estableció de forma independiente la «responsabilidad del servidor o funcionario público vinculado en los procesos de contratación»<sup>22</sup> y la «facultad establecida para actuar discrecionalmente dentro del ejercicio de la función pública en materia de contrataciones», señalando que la responsabilidad en los procesos de contratación resultaba inherente al accionar del servidor o funcionario público que participaba en ellos, prescribiendo que dichas contrataciones debían ser eficientes, maximizando los recursos públicos invertidos y bajo el enfoque de resultados, todo ello acorde a las disposiciones de la Ley y su Reglamento y a los principios que regían la contratación pública, *sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que se otorgaban a los servidores o funcionarios*. Agregando, finalmente, que la determinación de responsabilidad de aquellos se ejercía conforme al régimen jurídico de su contratación, tal como se muestra a continuación:

#### Artículo 9.- «Responsabilidad

Todas aquellas personas que intervengan en los procesos de contratación por o a nombre de la entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule con esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de efectuar contrataciones de manera eficiente, maximizando los recursos públicos invertidos y bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento y los principios, *sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que se otorgan*.

De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que los vincule con la entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan».

Como se observa, en la literalidad del precitado artículo 9 se enunciaba la facultad discrecional del servidor o funcionario público de optar una decisión administrativa y, justamente esa prerrogativa, su contexto y alcance se vio materializada, por vez primera, en la sexta disposición complementaria final de la Ley n.º 30225, donde el legislador desarrolló el ámbito legal mediante el cual se ejercía esa denominada «facultad para actuar discrecionalmente y tomar una decisión administrativa», conllevando ello que el servidor o funcionario público, tuviera un parámetro o margen normativo que estableciera las condiciones para optar una «decisión administrativa» dentro del marco definido por la propia Ley de Contrataciones del Estado y correlacionada con la normativa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, ello con la finalidad de que el servidor o funcionario público no incurriese en excesos en su accionar o cometiera una eventual inobservancia de la normativa de contrataciones del Estado, así como de sus principios.

Realmente, fue un gran avance en la normativa de contrataciones del Estado el contextualizar las condiciones para el ejercicio de esta facultad discrecional ejercida por el servidor o funcionario público y el marco de seguridad legal y funcional ante la adopción de una decisión administrativa y su posterior revisión por una autoridad u órgano de control, como se aprecia a continuación:

<sup>22</sup> Referido a todo procedimiento concerniente a la adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

**Ley n.º 30225**

Sexta disposición complementaria final.- «La facultad establecida para actuar discrecionalmente se ejerce para optar por la decisión administrativa debidamente sustentada que se considere más conveniente, dentro del marco que establece la Ley, teniendo en consideración los criterios establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley 29622,<sup>23</sup> Ley que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional».

El 3 de abril del año 2017, la Ley n.º 30225 es modificada por el *Decreto Legislativo n.º 1341*, norma que presentó un cambio sustancial en la determinación de las responsabilidades prescritas en el original artículo 9 de la Ley n.º 30225, pues eliminó de su literalidad y alcance, la alusión a la *facultad discrecional en la toma de decisiones administrativas* y se centró específicamente en determinar las «responsabilidades esenciales», tanto para el servidor o funcionario público que interviene en los actos preparatorios, en la fase de selección y en la de ejecución contractual, quedando claro de la redacción del modificado artículo 9, la responsabilidad de los servidores públicos en dichas instancias, así como para la entidad que resultaba siendo la responsable de prevenir y solucionar los conflictos de intereses que pudieran presentarse en la contratación, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los principios regulados en el artículo 2 de la Ley, como se cita a continuación:

**Artículo 9.- «Responsabilidades esenciales**

9.1 Los funcionarios y servidores que intervienen en los procesos de contratación por o a nombre de la entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en el artículo 2 de la presente Ley.

De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que vincule a las personas señaladas en el párrafo anterior con la entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

9.2 Las entidades son responsables de prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios regulados en el artículo 2 de la presente Ley».

Finalmente, el Decreto Legislativo n.º 1341 no modificó la sexta disposición complementaria final de la Ley n.º 30225, con lo cual se mantuvo las condiciones legales para ejercer la atribución o facultad discrecional del servidor o funcionario público, para adoptar una decisión administrativa.

El 30 de enero de 2019, entra en vigencia el *Decreto Legislativo n.º 1444* que modifica algunos artículos y disposiciones de la Ley n.º 30225; sin embargo, esta norma mantiene el tratamiento legal respecto de la «responsabilidad» y de la «facultad discrecional» antes mencionadas y comentadas.

<sup>23</sup> Cuarta disposición complementaria final de la Ley n.º 29622, Ley que modifica la Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República  
Criterios para el ejercicio del control ante decisiones discrecionales:  
«En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia».

De igual manera, el *Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225*, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Supremo n.º 082-2019-EF y vigente desde el 13 de marzo del año 2019, continúa manteniendo la literalidad y alcance de las disposiciones normativas antes mencionadas respecto a la «responsabilidad»<sup>24</sup> y a la «facultad discrecional»<sup>25</sup> de los servidores y funcionarios públicos.

Como corolario de este acápite debemos concluir que en materia de contratación pública, el legislador ha previsto que la «responsabilidad del servidor o funcionario público» de cumplir con las disposiciones de la normativa se encuentra inmersa e inherente a cada una de sus actuaciones dentro del proceso de selección y ejecución contractual; no obstante, ha establecido que de configurarse la determinación de una responsabilidad funcional en estas etapas, esta se hará efectiva acorde al régimen jurídico que los vincule con la entidad.

Sobre este marco legal, el profesional que ejerce su actividad laboral en la administración del Estado, específicamente en contrataciones públicas, deberá guardar observancia respecto de cada una de las disposiciones que en la normativa especial se encuentren tipificadas.

Asimismo, podrá ejercer la facultad de realizar actos discrecionales que le permitan adoptar decisiones administrativas debidamente sustentadas ante determinadas situaciones donde se privilegie el análisis de lo más conveniente, siempre orientado al cumplimiento de la finalidad pública, así como en la aplicación de los principios que rigen las contrataciones del Estado, cuyos conceptos sirvan de criterios interpretativo e integrador,<sup>26</sup> bajo el contexto legal de la regla tipificada en la cuarta disposición final complementaria de la Ley n.º 29622, Ley que modifica la Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República; esto es, contar con la seguridad jurídica que la toma de decisión administrativa adoptada no será cuestionada por un parecer u opinión distinta del órgano de control revisor, salvo que se presenten los supuestos previstos en dicha norma para su observación.

## 6. ¿LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA DE SOMETER LA SOLUCIÓN DE UNA CONTROVERSIA A CONCILIACIÓN IMPLICA *PER SE* UNA RESPONSABILIDAD FUNCIONAL PARA EL SERVIDOR O FUNCIONARIO QUE LA ADOPTE?

Conforme al análisis desarrollado precedentemente, para que una autoridad u órgano de control cuestione un acto o acción de un servidor o funcionario público realizado en ejercicio de las funciones asignadas, determinándole una responsabilidad administrativa funcional, debe configurarse irrefutablemente una contravención a las normas legales y administrativas,<sup>27</sup> significando ello que la tipificación de responsabilidad solo será viable en la medida que el servidor o funcionario, por acción u omisión a sus deberes de función, irrumpa el marco de legalidad previsto para aquel acto, decisión o procedimiento.

*Ergo*, en ese contexto legal, si ante una controversia o conflicto en la ejecución de un contrato con el Estado, el funcionario público –previo al arbitraje– opta por la decisión administrativa de ir a conciliación para resolverla, *a priori* no incurriría en una responsabilidad administrativa funcional si cumplió con las condiciones, requisitos y parámetros establecidos en el artículo 45.12 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, en la quinta disposición complementaria final de dicho cuerpo legal, así como en lo dispuesto por el artículo 224 de su Reglamento toda vez que su accionar se

<sup>24</sup> Artículo 9.- Responsabilidades esenciales, TUO de la Ley 30225 aprobado por Decreto Supremo n.º 082-2019-EF.

<sup>25</sup> Quinta disposición complementaria final, TUO de la Ley 30225 aprobado por Decreto Supremo n.º 082-2019-EF.

<sup>26</sup> Opinión n.º 039-2021/DIN de fecha 13 de abril de 2021.

<sup>27</sup> Novena disposición final de la Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República

«Responsabilidad Administrativa Funcional.- Es aquella en la que incurrn los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Incurrn también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia».

encontraría sustentado en los principios de legalidad,<sup>28</sup> eficacia y eficiencia<sup>29</sup> e integridad<sup>30</sup> previstos en la normativa administrativa y de contrataciones del Estado.

Pues bien, se colige entonces que las condiciones o requisitos determinados por el legislador de la normativa de contrataciones del Estado, para la toma de una «decisión administrativa» de acudir a una conciliación para resolver algún conflicto o discrepancia surgida en la ejecución contractual, parte de un análisis costo-beneficio que la autoridad deberá ordenar a sus áreas técnicas y legales para contar con los fundamentos necesarios que determinen que esa decisión administrativa es la más conveniente, siendo que esa opinión a emitirse por las áreas técnica y legal deberá materializarse en un informe y cumplir con los requisitos exigidos por el precitado artículo 45.12, así como por lo dispuesto en el artículo 224 de su Reglamento.

La normativa antes mencionada permite, además, que la autoridad cuente con la opinión de la procuraduría pública correspondiente respecto a la viabilidad de solucionar la controversia en conciliación, ello con la finalidad de evitar que la entidad continúe o persista en un proceso arbitral con pocas probabilidades de éxito, previniéndose dilaciones en tiempo y en gastos innecesarios.

El acotado artículo 45.12, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 224 del Reglamento, ha delimitado —y con justificado razonamiento— cuáles deben ser los aspectos que deberán ser evaluados en ese análisis de costo-beneficio para sustentar de manera sólida y fehaciente la toma de decisión administrativa de recurrir a una conciliación, siendo estos:

- El costo en tiempo y recursos del proceso arbitral.
- La expectativa de éxito de seguir el arbitraje.
- La conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible.
- Los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato, al no adoptarse un acuerdo conciliatorio.

Lo antes mencionado se materializa en el contexto de la siguiente normativa:

**TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF**

Artículo 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 pro-

<sup>28</sup> Artículo IV, numeral 1.1 del TUE de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General «Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas».

<sup>29</sup> Artículo 2 inciso f) del TUE de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF «Eficacia y eficiencia: el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos».

<sup>30</sup> Artículo 2 inciso j) del TUE de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF «Integridad: la conducta de los participantes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna».

ceso 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 de sus veces».

**TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF**

Quinta disposición complementaria final.- «La facultad establecida para actuar discrecionalmente se ejerce para optar por la decisión administrativa debidamente sustentada que se considere más conveniente, dentro del marco que establece la Ley, teniendo en consideración los criterios establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley 29622,<sup>31</sup> Ley que modifica la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional».

**Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 344-2018-EF**

Artículo 224.-

«[...]»

224.2. Bajo responsabilidad, el titular de la entidad o el servidor en quien este haya delegado tal función evalúa la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo-beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación. Asimismo, se consideran los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio. Dicha evaluación se encuentra en un informe técnico legal previo debidamente sustentado».

Apreciamos así que a partir del año 2017, con las dos últimas modificatorias de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el legislador ha establecido un marco jurídico más sostenible para la toma de decisión administrativa de acudir a la vía de conciliación, como mecanismo de solución de conflictos en los contratos que suscribe el Estado, fortaleciéndola y tipificando condiciones y requisitos específicos conducentes a reforzar la toma de decisión administrativa que en su oportunidad el funcionario deberá optar, respecto de acudir a la vía conciliatoria o responder a la iniciativa de su contraparte de conciliar y que con posterioridad no se encuentre inmerso en una supuesta responsabilidad administrativa funcional o, lo que es peor, en una acción penal, por un incorrecto análisis de los hechos acontecidos que deviene en una acusación por colusión.

En ese contexto, las normas antes citadas han establecido de forma clara y precisa, los criterios para sustentar la viabilidad de la toma de decisión administrativa de recurrir a la conciliación y, justamente, es el cumplimiento de los mismos, el sustento para la adopción de esa decisión de conciliar, al cimentarse en un análisis de aspectos técnicos y jurídicos que respaldarían las probabilidades de que el resultado sea exitoso y justo en derecho, para consumir la finalidad pública, esto es, lograr culminar el objeto del contrato, para beneficio de la población.

Sabemos, los que hemos laborado en la Administración Pública y por la experiencia recogida de sendos procesos arbitrales donde el Estado no ha tenido resultados satisfactorios, que ante la falta de un marco normativo que otorgara al servidor o funcionario, una seguridad jurídica respecto de la toma

<sup>31</sup> Cuarta disposición complementaria final de la Ley n.º 29622

«Criterios para el ejercicio del Control ante decisiones discrecionales

En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia».

de *decisión administrativa* de recurrir a la conciliación como mecanismo para solucionar una controversia, se optaba por no recurrir a ella ante la probabilidad casi inminente de que el servidor o funcionario que la acogiera se vea inmerso en una «supuesta» responsabilidad administrativa funcional o, lo que es peor, involucrado «indebidamente» en una acción penal, bajo la presunción de haber incurrido en colusión.

Hoy entendemos que ese estado de indefensión funcional al que estaba expuesto el servidor o funcionario que recomendaba o adoptaba la decisión administrativa de resolver el conflicto en conciliación ha cambiado para mejor; sin embargo, el legislador, de forma expresa, ha previsto bajo la regulación contenida en el artículo 45.13 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado la tipificación de la responsabilidad administrativa funcional para aquel servidor o funcionario que impulse o continúe un proceso arbitral, no obstante contar con un análisis costo-beneficio que determine que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en instancia arbitral.

Vemos en el orden antes expuesto que la vigente normativa de contrataciones del Estado otorga al servidor o funcionario público que adopta la decisión de acudir a una conciliación un marco de seguridad jurídica proclive a solucionar la controversia en esa vía, cumpliendo con los requisitos tipificados por el precitado ordenamiento legal, al ser esta una instancia más célere y menos onerosa para el Estado, evitándose de esta forma recorrer procesos arbitrales con costos mayores en tiempo y recursos.

Debemos recordar que la normativa de contrataciones del Estado se encuentra orientada a maximizar el valor de los recursos públicos invertidos y a promover que las contrataciones de bienes, servicios u obras se realicen bajo el enfoque de gestión por resultados, garantizándose con ello una oportuna contratación, mejores condiciones de precio y calidad y, sobre todo, el cumplimiento del fin público, esto es, mejorar las condiciones de vida de la población.<sup>32</sup>

En ese sentido, la actual normativa de contrataciones del Estado ha premunido de mejores condiciones para que el servidor o funcionario público, luego de realizar un análisis costo-beneficio plasmado en un informe técnico-legal y cumpliendo los demás requisitos establecidos por el referido ordenamiento, adopte la decisión administrativa de recurrir a una conciliación como mecanismo de solución consensual a la controversia, dejando atrás la inseguridad jurídica latente de ser pasibles de una supuesta responsabilidad administrativa funcional, *toda vez que esa «responsabilidad funcional» no se tipificaría por el solo hecho de haber optado ese mecanismo de solución de controversias.*

## 7. CONCLUSIÓN

El Estado, en materia de contratación pública, requiere de servidores y funcionarios empoderados en la toma de decisiones, evidentemente asumidas dentro de un marco de legalidad, con la finalidad que desarrollen con normalidad y seguridad jurídica su quehacer laboral dentro de la Administración y, con ello, el Estado, a través de sus entidades, afiance la gestión pública y se mejore las condiciones de vida de la población en tiempo oportuno, bajo los mejores estándares de calidad y con miras a reforzar el desarrollo sostenible del país.

Una situación óptima para lograr que la ejecución de las obras públicas culmine acorde a lo contratado y no se genere controversias o presuntas responsabilidades administrativas funcionales podría ser entablar una real y sostenida sinergia entre las entidades y los órganos de control, con el objetivo prioritario de sumar esfuerzos conforme a sus capacidades técnicas y legales, para que a través de un efectivo «control concurrente» se puedan desarrollar procesos integrales que detecten probables o eventuales riesgos en las ejecuciones de contratos y estos sean resueltos —en tiempo oportuno— acorde a derecho, antes de que la entidad tenga que recurrir a un mecanismo de solución de controversia y se dificulte o prolongue la culminación de la obra o se encarezca innecesariamente la misma.

<sup>32</sup> Artículo 1 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF.

Finiquitamos la presente disertación señalando que solo podrá determinarse una responsabilidad administrativa funcional a aquel servidor o funcionario público que actúe, con dolo u omisión, transgrediendo el ordenamiento jurídico administrativo y las normas de orden interno de la entidad en la cual desarrolle su actividad laboral; consecuentemente, la «decisión administrativa» de solucionar una controversia en la vía conciliatoria, por sí misma, no conlleva una responsabilidad administrativa funcional en la medida que el servidor o funcionario que la adopte cumpla con las condiciones y requisitos establecidos en el ordenamiento legal de contrataciones del Estado y del Sistema Nacional de Control Gubernamental.

## 8. REFERENCIAS

Constitución Política del Perú.

Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Texto Único Ordenado de la Ley n.º 26850, aprobado por Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM.

Decreto Legislativo n.º 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado.

Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Decreto Legislativo n.º 1341 que modifica la Ley n.º 30225.

Decreto Legislativo n.º 1444 que modifica la Ley n.º 30225.

Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF.

Reglamento de la Ley n.º 30225, aprobado por el decreto Supremo n.º 344-2018-EF.

Ley n.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Ley n.º 29622, que modifica la Ley n.º 27785.

Ley n.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.

Ley n.º 28175, Ley Marco del Empleo Público.

Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley General del Procedimiento Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS.

Directiva n.º 007-2014-CG/GCSII: Auditoría de Cumplimiento y el Manual de Auditoría de Cumplimiento, aprobada con Resolución de Contraloría n.º 473-2014-CG, modificada por Resolución de Contraloría n.º 362-2017-CG y Resolución de Contraloría n.º 136-2018-CG.

Opinión n.º 039-2021/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE.



## EN CAMINO HACIA UNA ÉTICA FUNCIONAL EN EL SISTEMA ARBITRAL PERUANO

*Carlos Seminario Reyes\**

**Sumario:** Agradecimiento.— 1. Introducción.— 2. Componentes de un sistema arbitral ético y funcional.— 2.1. Normas éticas.— 2.1.1. Codificación de la ética.— 2.2. Avances en el sistema peruano.— 2.2.1. Confirmación de árbitros como una medida de control anterior al inicio del arbitraje.— 2.2.2. Formatos del deber de revelación como medida de control concurrente.— 2.2.3. Potestad sancionadora como medida de control posterior.— 3. Operadores jurídicos.— 4. Un elemento adicional que debemos proteger: la confianza.— 5. Conclusión.— 6. Bibliografía.

### AGRADECIMIENTO

Es un placer expresar en estas líneas un tributo al Dr. César Guzmán-Barrón Sobrevilla, de quien he sido testigo no solo de su trayectoria profesional íntegra, sino también de su calidad personal como amigo, maestro y ciudadano.

He tenido la suerte de iniciar mi carrera profesional en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP, cuya dirección estaba a cargo del Dr. César, quien no dudó en brindarme su ayuda y enseñarme no tanto con palabras, sino, principalmente, con el ejemplo. Es, precisamente, parte de su legado la demostración a las nuevas generaciones que un abogado puede conseguir todas sus metas a través de las buenas prácticas profesionales.

Brevemente, el Dr. César ha sido reconocido como experto en comercio internacional por instituciones tales como UNCTAD, Uncitral, BID, entre otras; fundador de un estudio jurídico especializado en comercio exterior; fundador del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP; colaborador principal para reformas legales como, por ejemplo, la inclusión de la junta de resolución de disputas en contratación pública; catedrático; y árbitro. Habiendo logrado todo ello y más, siempre se ha destacado en el Dr. César su calidad personal, quien no solo ha sido considerado con todas las personas con las que ha tenido algún acercamiento, sino que también ha sido respetuoso de sus posiciones u opiniones.

De mi parte, he sido testigo de que la ética profesional es de vital importancia para el Dr. César en el desarrollo de su carrera, habiendo logrado resultados destacables en la implementación de herramientas que han beneficiado nuestro sistema arbitral. Asimismo, no ha dudado en tomar decisiones para confrontar directamente prácticas cuestionables.

Por último, de mi parte y de amigos en común,\*\* agradecemos al Dr. César el impacto positivo en nuestras vidas, así como su amistad, guía y comprensión, siendo además un ejemplo de cómo servir al prójimo con buena fe, demostrándonos también cómo afrontar los retos no solo con eficiencia, sino con buen humor.

---

\* Árbitro en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

\*\* Traslado un especial agradecimiento de Lizbeth Díaz Redolfo, Vania Melgar Luyo y Raysa Robles Farfán.

«El rey con la justicia afianza la tierra, pero el  
hombre que acepta soborno la destruye».  
*Proverbios 29:4*

## 1. INTRODUCCIÓN

En el año 2016, conjuntamente con los abogados César Guzmán-Barrón y Rigoberto Zúñiga, realizamos un estudio sobre problemas éticos detectados en arbitrajes de contratación pública,<sup>1</sup> y efectuamos algunas recomendaciones de cómo se podría abordar dicha problemática a través de instrumentos que ya operaban en otros ordenamientos jurídicos. Hoy, poco más de cinco años después, nos alegra mencionar, que algunos de esos instrumentos fueron implementados por instituciones arbitrales peruanas, coadyuvando de esta forma con un mejor sistema arbitral. Dentro de las nuevas medidas adoptadas, cabe destacar las reseñadas a continuación.

El arbitraje institucional se ha establecido como regla general en contratación pública.<sup>2</sup> Recordemos que en el Perú todos los contratos de adquisición de bienes, prestación de servicios y construcción de obras en favor del Estado deben recurrir al arbitraje de forma obligatoria como último mecanismo de solución de conflictos. Entonces, teniendo alrededor de 2100 entidades públicas,<sup>3</sup> las cuales efectúan cientos de requerimientos por año, nos da como resultado un sinnúmero de arbitrajes solo en este ámbito. En tal sentido, acoger la institucionalidad del arbitraje en contratos financiados por recursos públicos implica una mayor transparencia sobre su uso, así como una fiscalización adicional ejercida por instituciones arbitrales independientes.

También, tenemos la confirmación de árbitros por parte de las principales instituciones arbitrales del país. Esta medida no solo implica una mayor responsabilidad de los centros de arbitraje al otorgar su confianza a profesionales que no formen parte de sus listas o registros, sino que, además, conlleva un control exhaustivo de las referidas nóminas, ya que podrán formar parte solo aquellos árbitros que, por lo menos, no hayan cometido actos indebidos comprobables. Esta herramienta es un complemento ideal para las instituciones arbitrales a través de la cual pueden tutelar o fiscalizar la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Ahora bien, centrándonos en el objeto del presente artículo, y teniendo en cuenta que las instituciones arbitrales de nuestro país han adoptado una posición firme en fomentar la ética en el arbitraje, a continuación abordaremos brevemente los elementos de un sistema ético arbitral funcional, algunos instrumentos nuevos implementados actualmente y nuestra opinión sobre qué sería recomendable fortalecer.

<sup>1</sup> GUZMÁN-BARRÓN, César; ZÚNIGA MARAVÍ, Rigoberto y Carlos SEMINARIO REYES. «Ética en el arbitraje de contratación pública: problemas y soluciones». En *Arbitraje PUCP*, 2016, n.º 6, pp. 95-116.

<sup>2</sup> Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Supremo n.º 082-2019-EF 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, ineffectividad 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 solo pueden ser sometidas a arbitraje.

[...].»

Reglamento de la Ley n.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, modificado con Decreto Supremo n.º 377-2019-EF

Artículo 225.- «Arbitraje

[...]

225.3. Las partes pueden recurrir al arbitraje *ad hoc* cuando las controversias deriven de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial, según sea el caso, sea menor o igual a cinco millones y 00/100 soles (S/ 5 000 000,00).

[...].»

<sup>3</sup> Consultado el 28 de abril de 2022 en <[https://www.peru.gob.pe/directorio/pep\\_directorio\\_poderes.asp](https://www.peru.gob.pe/directorio/pep_directorio_poderes.asp)>.

## 2. COMPONENTES DE UN SISTEMA ARBITRAL ÉTICO Y FUNCIONAL

Más allá de conceptos tan discutidos en doctrina como administración de justicia, sistemas judiciales, división de poderes, entre otros, debemos precisar que la finalidad del presente artículo consiste, únicamente, en señalar componentes evidentes en cualquier sistema de justicia a fin de enfocarnos en los avances de nuestro sistema ético arbitral, así como en cuestiones que podrían ser objeto de mejora.

Entonces, para efectos prácticos, consideramos oportuno citar al catedrático Juan Morales Godo en «La función del juez en una sociedad democrática»:<sup>4</sup>

En un Estado constitucional, cobra preponderancia su actuación [juez]. La norma no es un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto. En ese sentido, el actor principal en el derecho resulta siendo la función jurisdiccional y no la legislativa, el juez y no el legislador. Como lo ha señalado Fernando de Trazegnies, «El legislador ha muerto».

De conformidad con lo anterior, podemos advertir de forma general que el funcionamiento de un sistema de justicia no depende únicamente de normas preestablecidas, sino que toma un papel preponderante la actuación de los juzgadores u operadores jurídicos, quienes se encargan de administrar justicia para cada caso concreto.

Es aquí donde toma relevancia el proverbio citado al inicio del texto: «El rey con la justicia afianza la tierra, pero el hombre que acepta soborno la destruye». De lo anterior tenemos que las reglas de juego en una sociedad o en un ámbito específico como el arbitraje son iguales para todos, dependiendo la consecuencia de prosperidad o destrucción no de las reglas en sí mismas, sino de las personas que las aplican, es decir, de sus operadores.

Entonces, podemos arribar a una primera conclusión: la funcionalidad de un sistema legal específico como el arbitraje depende principalmente de dos componentes: i) las reglas o normas; y ii) los operadores jurídicos que las aplican.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación procederemos a analizar tales elementos en nuestro sistema ético arbitral, sus avances y posibles oportunidades de mejora.

### 2.1. Normas éticas

#### 2.1.1. Codificación de la ética

Al momento de establecer normas éticas no podemos basarnos en principios absolutos de algunos individuos particulares, ello implicaría incluso transgresiones de las libertades personales al imponerse determinadas corrientes de pensamiento a personas que no los comparten, necesariamente. Entonces, lo que corresponde es utilizar estándares mínimos de conductas correctas esperadas en un ámbito específico, en nuestro caso, el arbitraje. Para ello, más allá de una ética en términos morales, necesitamos recurrir a elementos más concretos, los cuales han sido ampliamente abordados por la deontología profesional.

La deontología profesional, por definición,<sup>5</sup> consiste en el conjunto de deberes que rigen una determinada actividad profesional y que, a la vez, resulta susceptible de codificación dentro de reglas específicas de conducta. Asimismo, consideramos oportuno citar la siguiente definición que describe la operatividad del concepto señalado:

<sup>4</sup> MORALES GODO, Juan. «La función del juez en una sociedad democrática». En: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 2010, n.º 1, vol. 4, p. 15.

<sup>5</sup> Real Academia Española en: <<https://dle.rae.es/deontolog%C3%ADa%20?m=form>>.

La deontología profesional es, por tanto, una ética aplicada, aprobada y aceptada por el colectivo profesional, lo que entraña un código de conducta, una tipificación de infracciones, un sistema de recepción y análisis de consultas, propuestas o quejas, un procedimiento de enjuiciamiento y, finalmente, si procede aplicarlo, un sistema de sanciones.<sup>6</sup>

En términos simples, la ética aplicada vendría a ser un código de conducta para un sector específico. Es en este punto que podemos señalar que el Perú ha tenido grandes avances, de acuerdo a lo que se detallará en el siguiente acápite.

## **2.2. Avances en el sistema peruano**

Somos de la opinión que la regulación deontológica debe ser liderada por las instituciones arbitrales, porque en ellas recae el rol fiscalizador del sistema arbitral y, en específico, del comportamiento de los árbitros. Por esa razón, aplaudimos que los principales centros de arbitraje de nuestro país (Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP, Cámara de Comercio de Lima, Cámara de Comercio Americana del Perú - Amcham Perú) hayan implementado códigos de ética y reglas complementarias de control. A su vez, cabe destacar la labor del OSCE en la implementación de normativa dirigida a regular las conductas de los árbitros en contratación pública, que si bien no es una institución arbitral propiamente dicha, tiene una injerencia directa en el sistema, dada la masiva cantidad de arbitrajes provenientes de esta rama del derecho.

Ahora bien, resulta pertinente hacer énfasis en tres herramientas que están siendo utilizadas actualmente y que se complementan entre sí, siendo estas la confirmación de árbitros (control preventivo), los formatos del deber de revelación (control concurrente) y la potestad sancionadora de las instituciones (control posterior).

### **2.2.1. Confirmación de árbitros como una medida de control anterior al inicio del arbitraje**

En este punto, estimamos oportuno citar las reglas de arbitraje de Amcham Perú, en cuyos incisos 1), 2) y 3) del artículo 24 podemos encontrar una facultad amplia sobre confirmación de árbitros, de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 24.- «Confirmación de árbitros

1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de la declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad de un árbitro, las partes podrán realizar los comentarios que consideren oportunos para su confirmación por la Corte.
2. Todo árbitro que haya sido propuesto por las partes o los coárbitros, y que haya aceptado el cargo, para actuar como árbitro, deberá ser confirmado por el Centro.
3. El secretario general podrá confirmar como árbitros a aquellas personas designadas por las partes o los coárbitros, pertenezcan o no a la nómina de árbitros, siempre que las declaraciones que hayan suscrito no contengan reserva o no haya sido materia de observación por cualquiera de las partes conforme al artículo 24(1), en cuyo caso la confirmación corresponde a la Corte.

[...].».

Al respecto, consideramos adecuada la absoluta discrecionalidad del centro de arbitraje de confirmar a cualquier profesional, ya que ello garantiza su rol fiscalizador sin ningún tipo de impedimentos.

<sup>6</sup> Profesor Muñoz Garrido, catedrático de Medicina Legal de la Universidad de Salamanca y presidente de la Comisión Central de Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España, citado en UNIÓN PROFESIONAL. *[Deontología profesional: los códigos deontológicos]*. Julio 2009, p. 4. Recuperado de <[http://www.unionprofesional.com/estudios/DeontologiaProfesional\\_Codigos.pdf](http://www.unionprofesional.com/estudios/DeontologiaProfesional_Codigos.pdf)>.

No obstante, cabe precisar que, en la práctica, la facultad de confirmación de árbitros se complementa con la lista de profesionales de cada institución. Debemos tener en consideración que tanto la lista de árbitros como la confirmación de los mismos son, en esencia, actos de confianza y respaldo institucional por parte de los centros de arbitraje. Pertenecer a una nómina arbitral implica que la institución confía en el desempeño profesional del árbitro, a tal punto que la propia institución puede designarlo cuando las partes no lo hagan, o cuando le deriven la responsabilidad de tal decisión.

Por lo general, cuando un árbitro pertenece a una nómina no requiere confirmación, ya que la institución garantiza su desempeño al incluirlo en su lista. La confirmación suele ser recurrente cuando las partes designan un árbitro que no pertenece a los registros de la institución arbitral. En tales casos, evidentemente, los centros no tienen información detallada sobre la trayectoria o comportamiento de tales profesionales, por lo que antes de que su nombramiento quede firme, resulta relevante que la institución revise lo que podríamos denominar su legajo y así determinar si cumple o no con las condiciones mínimas para honrar el encargo de forma eficiente, independiente e imparcial.

En tal sentido, la confirmación de árbitros, complementariamente con las listas o registros son una primera medida de control preventivo, ya que de esta forma las instituciones arbitrales tienen la facultad de determinar quién puede o no desempeñarse como árbitro. Debido a ello, estimamos acertada la decisión de los principales centros de arbitraje de nuestro país en incorporar tal herramienta, en virtud de su compromiso por promover la transparencia en el arbitraje.

### **2.2.2. Formatos del deber de revelación como medida de control concurrente**

Hasta el año 2016, aproximadamente, la aceptación y declaración de posibles conflictos de intereses de los árbitros no tenían un formato preestablecido, teniendo así cada árbitro la libertad de decidir qué debía o no declarar. Añadiendo que la mayoría de arbitrajes eran *ad hoc*, se dificultaba en gran medida acciones de fiscalización, no pudiéndose determinar si realmente existían o no conflictos de intereses, por lo que se debía confiar en lo que cada árbitro entendiera por su deber de revelación.

Si bien un árbitro debería conocer exactamente qué situaciones o vínculos son relevantes de declarar, debemos indicar que la norma solo se limitaba (y se limita) a indicar un deber de revelación sobre circunstancias que puedan generar dudas razonables en las partes sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. Evidentemente, el campo de acción de la norma es sumamente amplio y dependerá de cada caso determinar qué puede ser o no considerado un conflicto de interés.

Ante ello, tenemos una simple y gran respuesta de los centros de arbitraje al establecer formatos de declaración, por lo menos, al momento de la aceptación del encargo. Como ejemplo, tenemos el artículo 22 del Reglamento de Arbitraje 2017 del CARC-PUCP,<sup>7</sup> el cual establece un formato elaborado por la institución arbitral que debe ser presentado obligatoriamente por los árbitros al momento de su aceptación.

A su vez, en la web<sup>8</sup> se encuentra una de las primeras versiones de este formato, del cual podemos advertir lo siguiente:

---

<sup>7</sup> Deber de declarar  
Artículo 22.- «Toda persona notificada con su designación como árbitro deberá declarar, al momento de aceptar su nombramiento, mediante comunicación dirigida al Centro, y, a través de él, a las partes y a los otros árbitros, de ser el caso, todos los hechos o circunstancias que puedan generar dudas justificadas y/o razonables sobre su imparcialidad e independencia, dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, así como su disponibilidad para participar con diligencia en el arbitraje. Asimismo, señalará el cumplimiento de los requisitos establecidos por las partes, el presente Reglamento, la Ley de Arbitraje, la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, de ser el caso, y cualquier otra normativa especial aplicable.  
Esta declaración debe realizarse haciendo uso del formato respectivo proporcionado por el Centro».

<sup>8</sup> Recuperado de  
<<https://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/designacion-de-arbitros/attachment/formulario-pucp-de-aceptacion-revelacion-arbitros-2017/>>.

- 1) La aceptación implica un sometimiento expreso a los reglamentos, políticas y decisiones de la institución.
- 2) Existe un compromiso de disponibilidad para atender el arbitraje de manera pronta y eficiente.
- 3) Se declara de forma general la cantidad de arbitrajes en los que el profesional aceptante participa, esto es, en calidad de árbitro o como abogado.
- 4) Existe una declaración expresa de ser independiente e imparcial.
- 5) Se detallan preguntas concretas que el árbitro debe responder como: i) si ha sido designado o no como árbitro por alguna de las partes, sus representantes o abogados; ii) si coincide o no con los coárbitros en otros casos; iii) si tiene o no alguna coincidencia profesional con los abogados de las partes; iv) si tiene o no algún vínculo profesional con los participantes del arbitraje.

Si bien estos formatos no son una garantía de que los árbitros sean absolutamente imparciales e independientes, debemos reconocer que su obligatoriedad conlleva tres principales beneficios:

- a) Aclara el contenido del deber de revelación, precisando, pero no limitando, las relaciones que son relevantes de declarar para el caso concreto.
- b) Fomenta la transparencia. Las preguntas están dirigidas a obtener información concreta sobre las vinculaciones relevantes de los árbitros, y ya no queda a discrecionalidad exclusiva de cada profesional qué debe o no declararse.
- c) Facilita la fiscalización posterior. Las preguntas sobre vinculaciones, en esencia, solo permiten dos respuestas de los árbitros: si tengo o no tengo vínculos relevantes con los participantes del arbitraje. Debido a ello, en caso un árbitro niegue vínculos con las partes, estas últimas y la institución tienen la posibilidad de recabar mayor información y contrastarla con lo declarado por el árbitro, determinando así si se cumplió o no el deber de revelación. Cabe indicar que en caso de incumplimiento del deber de revelación corresponde sanciones a los árbitros, tales como amonestación, suspensión o retiro de la nómina de árbitros.

Tal como se ha desarrollado, los formatos no son una solución a las posibles conductas impropias que puedan tener los árbitros, pero sí son un filtro que resalta desde el comienzo del arbitraje la importancia del deber de revelación y los vínculos con las partes, así como el rol fiscalizador de las instituciones arbitrales.

### ***2.2.3. Potestad sancionadora como medida de control posterior***

Actualmente, cada centro de arbitraje, a su propio parecer, ha establecido un compendio de faltas y sanciones incluidas en códigos de ética a fin de ejercer un control adecuado a las conductas de los árbitros dentro de los arbitrajes administrados por cada institución. A continuación, analizaremos brevemente la potestad sancionadora de los centros de arbitraje, utilizando como ejemplo el Estatuto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de acuerdo a lo regulado en su artículo 12.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Artículo 12.- «Sanciones

1. Cualquier árbitro que participe en un arbitraje del Centro o cualquier persona que represente, asesore, o actúe como abogado de una de las partes en un arbitraje administrado por el Centro está sujeto a un procedimiento sancionador por incumplimiento de las funciones y obligaciones que le confieren y determinan los Reglamentos y sus Apéndices y, en especial, por las causales mencionadas a continuación:

a) Por incumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos por la Ley de Arbitraje y los Reglamentos y sus Apéndices.

En primer lugar, debemos resaltar que las facultades de fiscalización no alcanzan únicamente a los árbitros, sino también a cualquier representante, asesor o abogado de las partes, abarcando de esta forma todos los actores dentro de un arbitraje. Asimismo, no se ha establecido un compendio de faltas específicas que deban cumplir con el principio de tipicidad, sino que será materia de sanción el incumplimiento de cualquier función u obligación establecidas en los reglamentos aplicables, pudiendo ser estos procedimentales o éticos, indistintamente.

En segundo lugar, y de forma complementaria, las causales también tienen un campo de acción amplio debiéndose destacar toda conducta contraria al código de ética y actuaciones de mala fe en el desarrollo de arbitrajes. Al respecto, el análisis de todas las conductas, principios o deberes éticos escapa de los alcances del presente artículo. No obstante, cabe indicar que las regulaciones giran en torno a que los árbitros mantengan en todo momento integridad, independencia e imparcialidad. De esta forma, si un árbitro cumple estas no tan simples condiciones, se garantiza un desempeño libre de corrupción.

En tercer lugar, los procedimientos sancionadores pueden iniciarse por denuncia de cualquiera de las partes o, incluso, por iniciativa de la institución arbitral. Aquí debemos resaltar que las facultades de la institución son de tal magnitud que pueden iniciar de oficio acciones de fiscalización en los casos que consideren pertinentes. Estimamos que tales atribuciones son saludables, porque reflejan una autoridad total de las instituciones en su rol fiscalizador del correcto desarrollo de los arbitrajes bajo su administración.

Por último, el régimen de sanciones resulta adecuado para el medio arbitral, siendo la más drástica la separación definitiva de la nómina de árbitros, la cual no solo tiene un impacto directo en el sancionado, sino también indirecto en la comunidad, puesto que se envía un mensaje muy claro: «el árbitro ha defraudado la confianza de la institución, por lo que no corresponde seguir respaldándolo». Aunado a ello, y con la finalidad de que las sanciones tengan un mayor impacto, se ha establecido que la relación de árbitros sancionados sea publicada, generando de esta forma un incentivo sumamente poderoso, ya que ningún profesional desea pertenecer a tales registros.

De acuerdo a lo expuesto, advertimos que los principales centros de arbitraje han tomado la decisión de incorporar instrumentos normativos, que no solo les brinda una amplia facultad de fiscalización en distintas etapas (medidas preventivas, concurrentes y posteriores), sino que también fortalece su propia institucionalidad, ya que frente a sus usuarios, de ahora en adelante, además de administradores son garantes de un arbitraje equitativo.

- 
- b) Por incurrir en conductas contrarias a las Reglas de Ética del Centro.
  - c) Por faltar al deber de confidencialidad.
  - d) Por no participar reiteradamente en las actuaciones arbitrales, salvo causa justificada.
  - e) Por incurrir en demoras injustificadas en la conducción de las actuaciones arbitrales.
  - f) Por formular recusaciones manifiestamente maliciosas o dilatorias.
  - g) Por actuar con mala fe en el desarrollo del arbitraje.
  - h) Por incumplimiento de cualquiera de los mandatos impuestos por el Consejo.
2. El procedimiento sancionador puede ser iniciado a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa del Consejo acompañando las pruebas respectivas. La denuncia de parte o decisión del Consejo que da inicio al procedimiento sancionador se notifica al denunciado para que, en el plazo de cinco (5) días, efectúe sus descargos y presente sus pruebas.
3. Con o sin absolución del denunciado, el procedimiento sancionador es resuelto de manera definitiva e inimpugnable por el Consejo en decisión motivada. El Consejo puede disponer escuchar en audiencia al denunciado y, si lo considera conveniente, con la parte que inició el procedimiento sancionador, para que sustenten sus posiciones.
4. El Consejo puede imponer las siguientes sanciones:
- a) Amonestación escrita.
  - b) Suspensión temporal o definitiva para ser elegido como árbitro en los casos administrados por el Centro o para integrar el Registro de Árbitros.
  - c) Separación definitiva del Registro de Árbitros del Centro.
  - d) Pérdida o devolución de todo o parte de los honorarios recibidos o por recibir por la actuación como árbitro.
5. La Secretaría General publica por medios idóneos la relación de árbitros y abogados sancionados por el Consejo con indicación del motivo y de la sanción respectiva».

### 3. OPERADORES JURÍDICOS

Toda norma es perfectible, no obstante, consideramos que el Perú ha tenido grandes avances en esta materia, acogiendo las técnicas regulatorias vigentes, por lo que no sería prioridad concentrarnos en mejorar aún más tales instrumentos, sino que sería recomendable enfocarnos en el siguiente componente, esto es, la aplicación de las mismas.

Cabe indicar que las herramientas descritas en el acápite anterior brindan facultades de fiscalización o control sumamente amplias a las instituciones arbitrales, por lo que la labor interpretativa de cómo deben aplicarse a los casos concretos juega un rol fundamental. Entonces, tenemos que actualmente corresponde establecer criterios claros de qué es considerada una conducta correcta del árbitro, en qué casos se debe imponer una sanción ética, y en qué otras situaciones deberían respaldarse sus comportamientos.

No pretendemos determinar qué es correcto y qué no, ya que ello implicaría sumergirnos en los amplios y no muy claros caminos de la moral. Sin embargo, resulta útil el ejercicio de cómo podemos relacionar la moral con el derecho, a fin de obtener una aplicación práctica de las normas.

Esta situación ha sido abordada de forma simple y didáctica por el abogado y profesor Fernando de Trazegnies en su artículo «La moral y el derecho».<sup>10</sup> El autor indica que la moral y el derecho tendrían un mismo objetivo, esto es, hacer buenos a los hombres. pero se diferenciarían en su aplicación concreta puesto que la moral cala a un nivel más profundo en el ámbito personal de cada individuo (pensamientos y motivaciones), mientras que el derecho depende de la exterioridad de los actos.

A su vez, se destaca que la moral sería maximalista al pretender hacer buenos a los hombres desde lo más profundo de su ser; mientras que el derecho sería minimalista, a fin de lograr una base de respeto mutuo y colaboración entre las personas, y así estas puedan lograr una convivencia social civilizada. En otras palabras, a través de la moral cada persona autorregula su conducta mediante sus propios principios absolutos; en cambio, el derecho, por su parte, se enfoca en regular las relaciones entre personas de una misma comunidad o sociedad, a fin de lograr una convivencia pacífica y productiva.

Dada esta diferencia práctica, tenemos que el derecho, en realidad, es un instrumento de orden, el cual es utilizado por sus usuarios, esto es, cada uno de los miembros de la sociedad. En este punto, el autor utiliza un ejemplo que grafica la conexión entre moral y derecho, siendo este último representado por un cuchillo que puede ser utilizado indistintamente tanto para cocinar como para asesinar, dependiendo exclusivamente de la decisión de su usuario, para nuestros efectos, del operador jurídico.<sup>11</sup>

De lo anterior podemos destacar la importancia de los operadores jurídicos y, en general, de todos los miembros de la comunidad arbitral, ya que las nuevas herramientas incorporadas a nuestro sistema no garantizarán, por sí solas, comportamientos correctos de los árbitros, sino que será necesario que se establezcan lineamientos claros de qué conductas son mínimamente aceptables y aplicables a todos dentro del sistema arbitral peruano.

Lo descrito resulta pertinente para visualizar la importancia de los operadores jurídicos dentro de un sistema normativo, ya que si estos son deficientes, el referido sistema simplemente deja de cumplir con sus propósitos. Relacionado con ello, es oportuno citar el siguiente texto escrito por el autor Fernando de Trazegnies,<sup>12</sup> a fin de resaltar la relevancia de un sistema funcional:

<sup>10</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La moral y el derecho». En: *Ins Et Veritas*, 2006, n.º 33, vol. 16, pp. 408-410.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 409.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 410.



[...] Si pagamos a un juez para obtener una sentencia favorable o si lo presionamos con influencias políticas o económicas en el mismo sentido, no solamente cometemos una falta contra la contraparte, sino también contra el sistema. Estamos, de esta manera, debilitando las instituciones democráticas y la forma razonable de resolver los legítimos conflictos originados por intereses contrapuestos. No es, entonces, solamente el proceso que se encuentra afectado por la corrupción, sino el sistema mismo de administración de justicia. Y como este sistema es esencial dentro de una sociedad liberal, de mercado, el resultado es que la conducta corrupta (y la corruptora) socavan las bases más fundamentales de la sociedad moderna. De esta manera, quien infringe inmoralmemente las reglas organizativas y de procedimiento para solucionar los conflictos de una manera racional no solamente afecta a su contraparte, sino que está minando las estructuras básicas del Estado democrático. La democracia y la sociedad de mercado no son una de expresión salvaje de los intereses descontrolados del ser humano, sino sistemas que, apoyados por la buena fe de todos los actores, permiten una vida libre, pero organizada.

Ahora bien, regresando a nuestro estudio, consideramos que las facultades que tenemos son tan amplias que resultan suficientes para una correcta, efectiva y eficiente fiscalización de las conductas de los árbitros, por lo que no serían necesarias mayores regulaciones. Debido a ello, la tarea que debemos asumir todos consiste en cooperar en el establecimiento de lineamientos y precedentes de qué es lo mínimo que se debe esperar del comportamiento de un árbitro, a tal punto, que todos los usuarios sean conscientes de ello, y velen por su cumplimiento.

No queremos decir que las instituciones no han trabajado en ello, es más, tenemos conocimiento que cada una tiene sus propios criterios y mantienen coherencia en la aplicación de sus normas. No obstante, dentro de la comunidad arbitral todavía no existen parámetros claros de cómo se aplican estos instrumentos, dificultando de esta forma estándares de conducta con, por lo menos, un contenido mínimo común. A ello debemos sumar que existen limitaciones en la publicidad de las decisiones de las instituciones arbitrales, por lo que se dificulta a los usuarios tener un conocimiento efectivo de las mismas.

Sin perjuicio de la anterior creemos que vamos por buen camino, ya que la decisión de tener un sistema arbitral ético se ha traducido en herramientas, correspondiendo ahora a la comunidad arbitral procurar su correcto desarrollo.

#### **4. UN ELEMENTO ADICIONAL QUE DEBEMOS PROTEGER: LA CONFIANZA**

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, no debe quedar desapercibido un elemento subjetivo que resulta fundamental para el sistema arbitral, esto es, la confianza tanto de los usuarios como de la comunidad arbitral en general.

La designación de un árbitro no solo se basa en sus conocimientos especializados que permitan una solución de controversias dentro de su campo profesional, sino que también resulta necesaria una garantía de independencia e imparcialidad en la emisión del laudo y durante el procedimiento arbitral. Si las partes en controversia no pueden confiar en que el tercero dirimente los trate de forma igualitaria, el propio sistema pierde legitimidad, generando insatisfacciones de tales magnitudes que los usuarios tienden a cuestionar o repensar si este es el mecanismo idóneo para sus problemas. Debemos recordar que el arbitraje sigue siendo un mecanismo alternativo de solución de disputas, y así una ley lo imponga como vía final en determinadas materias (como, por ejemplo, contratación pública), ello no niega la existencia del sistema público original de acceso a la justicia, esto es, el Poder Judicial, al cual podemos regresar en cualquier momento mediante una ley, si el sistema sigue deslegitimándose.

Dada esta necesidad de generar confianza en los usuarios, tal como se ha señalado anteriormente, se han implementado instrumentos que buscan fomentar un comportamiento ético en los árbitros, así como prevenir, fiscalizar y sancionar a aquellos profesionales que busquen o logren conseguir beneficios indebidos en abuso de sus atribuciones, en síntesis, corrupción.

Ahora bien, en referencia a la comunidad arbitral, la confianza también juega un rol de suma importancia para la operatividad del propio sistema, ya que este depende de quienes lo representan. Entonces, si admitimos o legitimamos a personas éticamente cuestionables como árbitros referentes, tal como ha sucedido durante mucho tiempo, la integridad de la comunidad corre peligro de colapso.

Un ejemplo real de ello sería el conjunto de investigaciones penales a árbitros por presuntos favorecimientos indebidos en arbitrajes al grupo empresarial Odebrecht. Si bien sería irresponsable sacar conclusiones de procedimientos que no tienen sentencias firmes, sí podemos señalar que en el grupo de profesionales cuestionados se encuentran árbitros que han demostrado trayectorias destacables e, incluso, han brindado contribuciones importantes a la comunidad arbitral.

No obstante, pese al reconocimiento profesional de algunos árbitros, el día de hoy, se encuentran enfrentando a la justicia y aunque consigan sentencias favorables, lo cierto es, que se ha configurado un daño intangible a un bien preciado de todo árbitro, su nombre.

A consideración personal, el error no recae en el desempeño profesional o individual de estos árbitros, quienes en teoría no tendrían responsabilidad, sino en las personas en las que confían. Confiar en las personas equivocadas, en aquellos que no comparten un mínimo de principios de lo que debería ser el comportamiento de un árbitro, o aquellos que no sean conscientes de la importancia del respeto a la integridad, imparcialidad e independencia, conlleva graves consecuencias, incluyendo la pérdida de la libertad.

Lamentamos que estos profesionales estén pasando por terribles momentos, no obstante, por nuestra parte más allá de juzgar, podemos reflexionar sobre la responsabilidad de cada árbitro dentro la comunidad arbitral. Para todos los que han seguido las actuaciones públicas de los procesos penales señalados, queda claro que ningún árbitro puede tener una garantía absoluta de quedar libre de alguna acusación fiscal. Entonces, tenemos una oportunidad para repensar el rol del árbitro, pudiendo preguntarnos: ¿basta con velar solo por nuestro desempeño profesional o también debemos preocuparnos por las personas que nos rodean, por aquellos a quienes legitimamos con designaciones o recomendaciones?

Estimamos que sí, el árbitro debe velar por un compromiso personal probó y confiar solo en aquellos que compartan los mismos ideales. Un sistema arbitral íntegro no depende únicamente de los instrumentos legales, códigos de ética o compendio de sanciones, sino que es necesario e indispensable que los propios miembros de la comunidad arbitral tengan una labor proactiva por cuidar la propia institución, así como colaborar con que se apliquen los mecanismos de corrección disponibles en el ámbito de la ética arbitral.

Por último, no podemos dejar de mencionar la situación actual que vivimos (a la publicación del presente artículo), esto es, el proyecto de Ley que coteja la posibilidad de eliminar la obligatoriedad del arbitraje de las contrataciones públicas, situación que se origina precisamente por la falta de legitimidad y confianza en nuestro sistema.

En términos simples, las propuestas de cambio se originan por la recurrente corrupción que se ha observado en la solución de conflictos en contratación pública. Al respecto, el sistema en sí mismo es amoral, siendo únicamente una herramienta para los operadores del derecho, quienes son los responsables de utilizar el mecanismo alternativo de solución de disputas para bien o para mal.

Consideramos que no se está tratando el problema de corrupción en sí mismo, solo se estaría trasladando la problemática al sistema judicial. Recordemos que en contratación pública existen claros intereses económicos en los contratistas, quienes pretenden, vía arbitraje, sumas considerables de dinero. Al trasladar el sistema al Poder Judicial, los mismos incentivos económicos se mantendrán, al igual que las mismas prácticas de aquellos contratistas que solo tengan como objetivo ganar. En tal sentido, un traslado al Poder Judicial sin una reforma real no es una solución al problema que tenemos. Por el contrario, podría considerarse un retroceso, al tener que implementarse medidas específicas

para casos de contratación pública en sede judicial, respecto de lo cual ya hubo un avance en nuestro sistema arbitral peruano.

En tal sentido, siendo la corrupción un problema que radica en las personas, nos corresponde implementar y ejecutar herramientas que incentiven comportamientos profesionales adecuados, así como fortalecer una comunidad que se guíe por principios y valores básicos, con la suficiente capacidad de reacción ante prácticas indebidas de sus miembros, quienes conozcan con total certeza las consecuencias de sus acciones. Debido a ello, no importa el sistema en sí mismo, sino las personas que los operan, ya que si la comunidad avala la corrupción, encontrarán una y mil maneras de corromper los nuevos sistemas.

## 5. CONCLUSIÓN

Consideramos que contamos, por ahora, con herramientas suficientes para mantener un sistema funcional de ética en arbitraje. A su vez, las facultades de las instituciones arbitrales son tan amplias que tienen completa libertad para fiscalizar o controlar las conductas de los árbitros sin ningún tipo de impedimento o entorpecimiento. Es por ello que creemos que el siguiente paso debería enfocarse en la aplicación práctica de las herramientas disponibles (confirmación de árbitros, formatos de declaración, potestad sancionadora, etc.), así como en la creación y publicación de lineamientos claros sobre las conductas esperamos de los árbitros.

Las herramientas descritas son relativamente nuevas, por lo que estimamos que no es el momento de incorporar más, sino de implementar correctamente las que ya tenemos. No obstante, nuestra realidad es diferente, puesto que se han creado nuevas normas sobre conflictos de intereses e impedimentos,<sup>13</sup> las cuales incluso pueden ser contraproducentes para lo ya logrado, al establecer limitaciones estrictas sobre las participaciones de los árbitros y no necesariamente por cuestiones éticas.

Finalmente, tenemos confianza en la labor de las instituciones arbitrales, las cuales se han empoderado en los últimos años y han obtenido mayor legitimidad, por lo que creemos que las herramientas se encuentran en buenas manos, teniendo la oportunidad de redimir nuestro sistema arbitral, el cual ha sido duramente criticado por cuestiones éticas.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La moral y el derecho». En: *Ius Et Veritas*, 2006, n.º 33, vol. 16.

GUZMÁN-BARRÓN, César; ZÚÑIGA MARAVÍ, Rigoberto y Carlos SEMINARIO REYES. «Ética en el arbitraje de contratación pública: problemas y soluciones». En *Arbitraje PUCP*, 2016, n.º 6.

MORALES GODO, Juan. «La función del juez en una sociedad democrática». En: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 2010, n.º 1, vol. 4.

UNIÓN PROFESIONAL. *[Deontología profesional: los códigos deontológicos]*. Julio 2009, p. 4. Recuperado de <[http://www.unionprofesional.com/estudios/DeontologiaProfesional\\_Codigos.pdf](http://www.unionprofesional.com/estudios/DeontologiaProfesional_Codigos.pdf)>.

---

<sup>13</sup> Decreto de Urgencia n.º 020-2019 - Decreto de Urgencia que establece la obligatoriedad de la presentación de la declaración jurada de intereses en el sector público; Decreto de Urgencia n.º 020-2020 - Decreto de Urgencia que modifica el Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.



## ¿SE PUEDE REDUCIR LA DESCONFIANZA EN LOS ÁRBITROS DESIGNADOS UNILATERALMENTE?

Alfredo F. Soria Aguilar<sup>\*-1</sup>

**Sumario:** 1. Introducción.— 2. ¿Sería razonable que una norma prohíba la designación unilateral de los árbitros?— 3. ¿Qué se puede hacer para contribuir a la reducción de la desconfianza en la designación unilateral de los árbitros?— 3.1. Buenas prácticas de las partes.— 3.1.1. Elección unilateral, pero de una nómina corta.— 3.2. Buenas prácticas de las instituciones arbitrales.— 3.2.1. Elaboración de listas cortas de candidatos a árbitro.— 3.2.2. Más información sobre los árbitros.— 3.2.3. Confirmación de los árbitros.— 3.3. Buenas prácticas de los árbitros.— 4. A modo de conclusión.— 5. Bibliografía.

### 1. INTRODUCCIÓN

En el arbitraje comercial, es práctica frecuente que cada una de las partes tenga la facultad de designar a uno de los integrantes del tribunal arbitral. Esto ocurre comúnmente en un tribunal arbitral conformado por tres árbitros. En estos casos, eventualmente, se genera una desconfianza en el árbitro designado unilateralmente por la contraparte: se piensa que el árbitro designado unilateralmente puede ser un árbitro parcializado o no independiente, o que va a favorecer a la parte que lo eligió.

Algunos autores cuestionan *per se* la existencia de árbitros nombrados por una de las partes. Al respecto, se ha señalado que la práctica del árbitro parcial es corrosiva, conciben su deber de imparcialidad en forma relativa: son más imparciales cuando integran el tribunal arbitral en calidad de presidentes que cuando son árbitros de parte (González de Cossío, 2014, p. 295).

En similar sentido, Jan Paulsson (2010, p. 349) sostiene que los nombramientos unilaterales de los árbitros son incompatibles con la premisa fundamental del arbitraje: la confianza mutua en los árbitros.

Lo enunciado describe la existencia de una eventual desconfianza acerca de la imparcialidad e independencia de aquellos árbitros que son designados unilateralmente por cada parte.

En ciertas ocasiones se piensa que quien es elegido árbitro por alguna de las partes, tendrá cierta predilección a favor de la parte que lo designó o que, eventualmente, en sus decisiones tratará de favorecer a dicha parte. Es decir, se suele pensar que el árbitro nombrado unilateralmente por alguna de las partes no será imparcial o que no será tan independiente dado que se encuentra en el tribunal arbitral por la decisión de la parte que lo designó.

La duda acerca de la imparcialidad de los árbitros nombrados por una de las partes se incrementa después de que, estudios como el publicado por Albert Jan van den Berg (2011, p. 824), concluyen

<sup>\*</sup> Profesor en las facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de la Universidad del Pacífico. Árbitro integrante de la nómina de Árbitros del Centro de Arbitraje de la PUCP, Cámara de Comercio de Lima y otras instituciones arbitrales del país.

<sup>1</sup> El presente artículo es una reproducción parcial y adaptada del trabajo de investigación para la obtención del grado de magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú, SORIA, Alfredo F. *¿Se puede reducir la desconfianza en los árbitros designados unilateralmente?* Trabajo de investigación. Maestría de Derecho de la Empresa PUCP, 2021.

que de un análisis de 150 laudos,<sup>2</sup> casi el cien por ciento de los votos en discordia<sup>3</sup> fueron emitidos a favor de la parte que nombró al árbitro que votó en discordia. Casi la totalidad de los votos en discordia habían sido emitidos por los árbitros designados por la parte a quien favorece el voto en discordia.

Los resultados de los estudios de Van den Berg no implican, necesariamente, falta de ética por parte de los árbitros que emiten votos disidentes en favor de la posición de la parte de los designó. Los votos en discordia pueden evidenciar que, en ciertas circunstancias, no existe una única respuesta jurídica a determinados casos.

Como sostiene Paulsson (2010, p. 349), puede ser simplemente que la parte nominadora ha hecho una lectura precisa de cómo apreciará, probablemente, el árbitro nominado ciertos aspectos jurídicos o las circunstancias fácticas.

Cabe agregar que la eventual disidencia o discordancia que puede existir en cualquier órgano colegiado no tiene nada de extraño. En órganos judiciales, en tribunales administrativos o en cualquier colectivo humano, las decisiones no siempre se toman por unanimidad. Es un hecho que no todos los seres humanos piensan de la misma forma.

Los votos disidentes o en discordia no deben ser vistos como algo negativo en sí mismo. Son una clara evidencia que no todos los seres humanos analizan de la misma forma y que, además, pueden llegar a conclusiones totalmente distintas.

En lugar de asignar una connotación negativa a los votos disidentes o en discordia, considero que deben apreciarse como algo propio y no extraño del ser humano que, incluso, puede ser visto también como una oportunidad para que el laudo en mayoría se fortalezca en legitimidad si es que quienes votaron en mayoría expresan y justifican las razones por las cuales no adoptaron la posición discrepante.

Otro de los inconvenientes que suele atribuirse al nombramiento unilateral del árbitro por cada una de las partes es que, eventualmente, el tribunal arbitral decida la controversia buscando puntos intermedios entre las posiciones de las partes, es decir, no le brinde la completa razón a alguna de las partes, aunque esta última la tenga. En ocasiones se decide buscando puntos intermedios entre las posiciones de ambas partes para evitar la existencia de votos discrepantes.

Lo enunciado anteriormente se conoce como laudos salomónicos, en una clara alusión a que, en dichos casos, el tribunal arbitral suele preferir «partir al bebé» antes que otorgarle toda la razón a alguna de las partes. Esta práctica resulta ajena al verdadero sentido de justicia, pues no le otorga la razón, en su exacta dimensión, a quien la tiene.

Como sostiene Mori (2018): «como los laudos 2 a 1 son vistos como negativos, ahora los árbitros tienden más a generar laudos parte-bebé para dejar contentas a ambas partes. Sin embargo, dichos laudos tampoco son positivos ni legítimos» (p. 113).

Cabe agregar que los laudos salomónicos, además, resultan perniciosos para el sistema arbitral dado que, como sostiene Van den Berg (2013), generan que «las partes reclamen más de lo que tienen derecho a reclamar. Las partes inflan el monto reclamado basándose en la equivocada suposición de que el árbitro basará su decisión en decisiones salomónicas (*“splitting the baby”*)» (p. 3).

---

<sup>2</sup> En arbitraje de inversión (Van den Berg, 2015, p. 4).

<sup>3</sup> Los laudos con votos en discordia fueron 34, es decir, el 22 % de los laudos analizados por Albert Jan van den Berg. Van den Berg precisa que en arbitraje comercial los votos en discordia son alrededor del 8 %.

Frente a los distintos cuestionamientos al árbitro nombrado por cada parte, en el presente trabajo de investigación se analizará si es que, sin afectar los principios del derecho arbitral, una prohibición legal de la designación unilateral de los árbitros puede reducir en cierta medida la desconfianza que existe en esta figura o si lo mejor es optar por una alternativa distinta.

## 2. ¿SERÍA RAZONABLE QUE UNA NORMA PROHIBA LA DESIGNACIÓN UNILATERAL DE LOS ÁRBITROS?

La Ley de Arbitraje peruana contiene disposiciones tanto supletorias como imperativas. En el arbitraje comercial peruano, las normas permiten que las partes cuenten con la posibilidad de autorregularse respecto del nombramiento de los árbitros que integrarán el Tribunal arbitral.

Si bien existe una norma supletoria respecto de la designación de los árbitros, las partes cuentan con libertad para establecer, convencionalmente, las reglas que consideren más apropiadas y que serán aplicables para la solución de una controversia que exista o que pueda existir en el futuro. Las normas supletorias pueden ser un eficaz mecanismo de reducción de costos de transacción. Una interesante reflexión de Bullard (1993, p. 22), que también resulta aplicable al ámbito del arbitraje, es que si las normas supletorias recogen aquellas reglas que las partes pactarían en la mayoría de casos, cumplirán con su función de reducir los costos de transacción.

En el ámbito de los contratos, como regla general, si la ley establece una regla que se orienta exactamente en el mismo sentido que las partes requieren, esa norma contribuirá a reducir los costos de transacción. En este caso, no será necesario que las partes establezcan una regla al respecto, pues la ley se la provee. Bastará que las partes dejen de estipular al respecto y ello implicará que, supletoriamente, resultará aplicable la norma legal que prevé exactamente lo que las partes necesitan.

Por el contrario, cuando las normas supletorias establecen algo distinto a los que las partes usualmente pactarían, dichas normas incrementarán los costos de transacción pues obligarán a las partes a tener que negociar y pactar de manera distinta a la regulación aplicable. Esto, indudablemente, tiene un costo, que tendrá que ser asumido por las partes.

En la práctica arbitral, la designación del árbitro por cada una de las partes es percibida como uno de los atributos o ventajas del arbitraje. Los usuarios del arbitraje prefieren tener la posibilidad de designar a uno de los integrantes del tribunal arbitral. De manera ilustrativa, puede citarse como referencia, una encuesta publicada en el año 2018 por la Queen Mary University,<sup>4</sup> en la que el 39 % de los encuestados consideraron a la posibilidad de nombrar a los árbitros como una de las mejores características del arbitraje. En dicha encuesta, esta característica fue mejor valorada, inclusive respecto de la celeridad del arbitraje, que fue preferida por solamente un 12 % de los encuestados.

Es una característica positiva del arbitraje reconocida también por la doctrina. Onyema (2005) sostiene que una de las mayores diferencias y ventajas del arbitraje respecto del proceso judicial ordinario es que las partes pueden seleccionar su propio juzgador, a quien se le denomina árbitro. La predilección por la designación de los árbitros por cada una de las partes se concreta, además, en la realidad.

Mourre (2010) comenta que aunque la London Court International Arbitration (LCIA) establece en sus reglas que todos los integrantes del tribunal arbitral serán designados por la Corte de la LCIA, durante el año 2009 en más del 50 % de los casos las partes acordaron apartarse del nombramiento institucional, pese a la reputación de la institución y la alta calidad de sus nombramientos. Lo descrito

---

<sup>4</sup> QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON, 2018 *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2018, p. 7. Recuperado de <[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)>. Dicha publicación reconoce además que los resultados en el año 2015 fueron casi idénticos.

por Mourre nos permite inferir que si la prohibición de la designación del árbitro por cada una de las partes fuera establecida por una norma supletoria, es altamente probable que las partes pactarán en contrario para dejar sin efecto dicha regla supletoria, como ocurrió en la experiencia de las partes que se sometieron a la administración del arbitraje por parte de la London Court International Arbitration. En sencillo, las partes van a preferir tener la facultad de participar en la designación de los árbitros y ello los llevará a pactar en contrario si es que, a través de una regla supletoria, se les niega esa posibilidad.

El otro escenario de prohibición normativa es el imperativo. Si la designación del árbitro por cada una de las partes fuera prohibida por norma de carácter imperativo, no habría posibilidad que las partes puedan pactar en contrario. Al respecto, considero que una norma que prohíba con carácter imperativo, la designación unilateral del árbitro por cada parte no beneficiaría al sistema arbitral en modo alguno, por las siguientes razones:

- a) Menos opciones para las partes. El sistema de arbitraje comercial tiene como premisa la más amplia libertad de las partes para elegir las reglas que serán aplicables a su controversia, conforme con sus diversos intereses y distintas preferencias.

Dada su relevancia convencional, las normas que regulan el arbitraje comercial son generalmente dispositivas. También existen normas de carácter imperativo; no obstante, son la excepción a la regla, reservada para casos que realmente lo ameritan.

En la actualidad, las partes pueden optar por permitir que cada parte elija unilateralmente a uno de los integrantes del tribunal arbitral o recurrir a cualquier otro mecanismo de elección del tribunal arbitral. Prohibir mediante norma imperativa que cada parte designe unilateralmente a un árbitro implica en estricto que se recortará una de las alternativas de designación que las partes podían estipular.

- b) Reducción innecesaria de opciones. La prohibición de designar unilateralmente al árbitro por una de las partes, a través de norma imperativa, limitaría innecesariamente el amplio marco de posibilidades que actualmente tienen las partes para nombrar a los integrantes del tribunal arbitral.

Se trataría de una restricción innecesaria, pues si las partes no se encontraran de acuerdo en que cada una de ellas pueda nombrar unilateralmente a uno de los árbitros, en la actualidad las mismas partes cuentan con la posibilidad de pactar dicha restricción, conviniendo cualquiera de los distintos pactos que les permitan alcanzar dicho objetivo. Es decir, no es necesario que exista una norma imperativa que lo prohíba, las propias partes pueden establecer esa restricción, a través de un acuerdo, si es que ello se encuentra acorde a sus respectivos intereses.

- c) Se eliminaría una de las características más valoradas del arbitraje. La posibilidad de las partes de designar a los integrantes del tribunal arbitral es una de las características más valoradas en el arbitraje.
- d) Una prohibición imperativa debería tener una justificación relevante que no existe. Las normas en arbitraje son generalmente supletorias. Prohibir mediante norma imperativa el nombramiento de los árbitros por cada parte debería tener una importante justificación, la cual no existe.

Como hemos descrito, la posibilidad de que cada parte pueda nombrar a uno de los árbitros en un tribunal colegiado es una de las ventajas del arbitraje. Incluso, autores como Matheus (2018) sostienen que «el derecho de la parte a designar a su árbitro es uno de los factores —y quizá el más importante— que aborda confianza y le da legitimidad al sistema» (p. 511).



Una propuesta de mejora del sistema arbitral no debería eliminar, mediante norma imperativa, uno de los atributos de los mejor valorados del arbitraje.

Si las normas de arbitraje comercial optaran por prohibir imperativamente la posibilidad de que cada parte designe unilateralmente a un árbitro, debería existir una muy buena razón para ello y la misma no existe. No todo árbitro favorece o tiende a favorecer a la parte que lo nombró. Esa premisa es equivocada. Sostener ello es concluir que los árbitros nombrados unilateralmente siempre votan de manera discrepante, cuando el laudo no favorece a la parte que lo designó. Ello no es así.

No siempre se lauda en mayoría en los arbitrajes en los que participa un árbitro designado unilateralmente por una de las partes. El citado estudio de Van den Berg refleja que en solamente 22 % de los arbitrajes de inversión existen votos en discordia, en el caso del arbitraje comercial la cifra es de solamente 8 %.

Lo cierto es que los árbitros tienen un prestigio y una trayectoria que cuidar. El mundo arbitral no solamente es muy especializado, sino también muy pequeño. Al respecto, en el Octavo Congreso Internacional de Arbitraje, como integrante del panel «Criterios para la designación de árbitros», Elvira Martínez (2017) sostuvo: «Todos saben en el mercado quién es bueno, quién es malo, quién es correcto, quién es incorrecto y el mercado premia justamente a los más correctos con una mayor cantidad de arbitrajes» (p. 120).

Cabe indicar que la eventual desconfianza en los árbitros no es exclusiva del mecanismo de nombramiento unilateral del árbitro por cada una de las partes. Como sostiene Febles (2019), el arbitraje «no está exento de críticas y problemas relacionados con la parcialidad y dependencia de los árbitros, dudas que ponen en peligro la credibilidad del sistema arbitral y la confianza de las partes en el instituto del arbitraje, piedra angular del mismo» (p. 142).

La eventual falta de imparcialidad o de independencia de los árbitros es un problema que se presenta también en los demás mecanismos de designación de los árbitros. No por dicha razón debería eliminarse todos los mecanismos que pudieran existir o admitir únicamente uno de ellos.

La Ley de Arbitraje vigente permite que tanto las partes, las instituciones arbitrales como los propios árbitros puedan incorporar nuevas prácticas para reducir el nivel de desconfianza que podría existir ante una eventual designación unilateral de alguno de los integrantes del tribunal arbitral o la desconfianza que también existe en los otros integrantes del tribunal.

La ventaja de contar con reglas flexibles, como las que actualmente tiene la Ley de Arbitraje, permite que los propios participantes del arbitraje perfeccionen las mismas y que la propia práctica arbitral haga prevalecer aquellas reglas que mejor funcionan o que permiten adecuarse a las múltiples necesidades e intereses de las partes.

Como han sostenido Bullard y Repetto (2016):

Los procedimientos arbitrales siguen un proceso de selección natural. Los arbitrajes modernos suelen recoger las reglas con mayor capacidad de adaptación. [...] Aquello que funciona, prevalece y se suele usar. Aquello que no funciona, se desecha y se deja de usar. (p. 21)

Establecer una única alternativa para la elección de los integrantes del tribunal arbitral o restringir la libertad que actualmente tienen las partes para designar unilateralmente uno de los árbitros implicaría establecer una regla rígida que no permitiría que sean los propios usuarios del arbitraje quienes perfeccionen progresivamente las prácticas del arbitraje y que les permita definir la mejor forma de conformación del tribunal arbitral.

### 3. ¿QUÉ SE PUEDE HACER PARA CONTRIBUIR A LA REDUCCIÓN DE LA DESCONFIANZA EN LA DESIGNACIÓN UNILATERAL DE LOS ÁRBITROS?

Suele pensarse que con un simple cambio de normas cambiarán las circunstancias. Ello no es así. Un simple cambio legal no reducirá la desconfianza en el árbitro designado unilateralmente por cada una de las partes. Limitar a las partes o establecer un solo mecanismo de designación de los árbitros no resulta adecuado dado que restringe o elimina que sean las propias partes las que decidan acerca de la mejor forma de conformación del tribunal arbitral.

Considero que la respuesta se encuentra en la incorporación de buenas prácticas. No solamente en las buenas prácticas de quienes son parte en el conflicto, sino también de las instituciones arbitrales y de los árbitros.

Las buenas prácticas, y no un cambio normativo, pueden contribuir a reducir, en cierta medida, el nivel de desconfianza de los árbitros designados de manera unilateral. Esas buenas prácticas pueden provenir de las propias partes, las instituciones arbitrales y de los propios árbitros, como desarrollaré a continuación.

#### 3.1. *Buenas prácticas de las partes*

Las propias partes pueden contribuir a reducir la eventual desconfianza en la elección unilateral del árbitro por cada parte. Las normas vigentes permiten que las partes puedan pactar libremente las reglas aplicables a la designación de los árbitros que integrarán el tribunal arbitral. En tal sentido, en actualidad, las partes podrían contribuir a reducir la eventual desconfianza si pactan la designación unilateral del árbitro por cada parte dentro de una lista reducida que sea proporcionada por una institución arbitral.

##### 3.1.1. *Elección unilateral, pero de una nómina corta*

Sin descartar la posibilidad de designar unilateralmente uno de los árbitros, y con la finalidad de reducir la eventual desconfianza de su respectiva contraparte, las partes pueden estipular que dicha elección se realice únicamente de una nómina corta de candidatos a árbitro que una institución arbitral proponga a las partes.<sup>5</sup>

En este caso, la institución arbitral deberá respetar lo establecido por las partes en el convenio arbitral. Al proponer la nómina corta, la institución arbitral respetará lo convenido respecto de la experiencia, especialidad u otro pacto que deban cumplir los candidatos a integrante del tribunal arbitral, si es que existiera alguna exigencia incorporada convencionalmente por las partes. Al respecto, cabe múltiples posibilidades, no obstante, plantearé dos escenarios.

La primera posibilidad es que cada parte elija uno de los árbitros de la nómina corta proporcionada por la institución arbitral. En este supuesto, para incrementar el nivel de independencia e imparcialidad, podría pactarse inclusive que los árbitros designados unilateralmente no puedan conocer la parte que los designó, esto último es lo que proponen las reglas CPR.<sup>6</sup>

Una segunda posibilidad es que los árbitros de cada parte (o todos los integrantes del tribunal) sean elegidos en función del puntaje que ambas partes hayan asignado a cada candidato de una idéntica

<sup>5</sup> Puede ser una lista de seis o más árbitros, según lo que pacten las partes.

<sup>6</sup> Numeral 5.4 del artículo 5 de las Reglas de la CPR International Institute for Conflict Prevention & Resolution. (Procedures & Clauses Administered Arbitration Rules). Vigente desde marzo de 2019.

nómina corta proporcionada por la institución arbitral. Los integrantes del tribunal arbitral serán aquellos que obtengan los mayores puntajes acumulados de la sumatoria de las calificaciones efectuadas por las propias partes. Esta es la regla que aplica supletoriamente la ICDR.<sup>7</sup>

Elegir considerando únicamente una nómina corta proporcionada por una institución arbitral puede reducir en gran medida esa desconfianza que existe en la designación unilateral de los árbitros. Cabe indicar que una nómina corta será viable siempre que no se trate de un ámbito con un número muy reducido de especialistas. En ámbitos en los que los especialistas son muy pocos resulta altamente probable que existan conflictos de intereses con mayor frecuencia. En ese caso, las instituciones arbitrales podrían optar por considerar a árbitros extranjeros en las nóminas cortas que propongan a las partes, lo cual, en un entorno de virtualización del arbitraje, en la que las audiencias se realizan a través de plataformas virtuales, resulta sumamente viable, dado que ya no existen los gastos de viaje, estadía, viáticos y otros conceptos asociados a una actuación presencial.

### **3.2. Buenas prácticas de las instituciones arbitrales**

Las instituciones arbitrales pueden tener un rol muy importante para reducir la eventual desconfianza que existe en la designación unilateral de los árbitros por cada parte. La reducción de la eventual desconfianza en los árbitros designados unilateralmente por cada parte no solamente resultará beneficiosa para las partes, sino que resultará positiva para las instituciones arbitrales dado que: (i) generará mayor confianza en las instituciones arbitrales; y, (ii) podrán reducirse el número de recusaciones que surgen, en otras razones, por la desconfianza existente en los árbitros designados unilateralmente por cada parte.

En ese sentido, las instituciones arbitrales pueden contribuir generando mayor confianza en el mecanismo de nombramiento unilateral de los árbitros con las siguientes prácticas.

#### **3.2.1. Elaboración de listas cortas de candidatos a árbitro**

En la actualidad, las instituciones arbitrales designan residualmente a los árbitros integrantes de un tribunal arbitral. La designación residual consiste en aquel nombramiento que realiza la institución arbitral en defecto de la designación que le corresponde realizar a las partes o a los árbitros, según corresponda. Cada institución arbitral cuenta con su propio procedimiento para designar residualmente a los árbitros considerando a los profesionales que se encuentran en sus respectivas nóminas y respetando el acuerdo de las partes, contenido en el correspondiente convenio arbitral.

Para concretar la propuesta de la lista corta enunciada anteriormente bastaría con que, siguiendo los procedimientos que actualmente tienen vigentes para efectos de la designación residual de los árbitros, las instituciones arbitrales, a pedido de las partes, elaboren y propongan una lista corta de candidatos a árbitro a las partes, para que sean estas últimas las que elijan al árbitro dentro de las alternativas existentes en la lista corta proporcionada por la correspondiente institución arbitral.

Inclusive, las instituciones arbitrales podrían considerar en sus respectivos reglamentos que, salvo pacto en contrario, los árbitros que sean designados unilateralmente por cada parte sean elegidos de la nómina corta que les proporcione la institución arbitral.

La aplicación de listas cortas propuestas por la institución arbitral no solamente permitirá reducir la eventual desconfianza en los árbitros designados unilateralmente por cada parte, sino que, adicionalmente, puede ser una excelente oportunidad para promover la participación de nuevos profesionales que se encuentran en sus nóminas institucionales.

---

<sup>7</sup> Numeral 6 del artículo 13 de las Reglas de la ICDR (International Centre for Dispute Resolution) vigente a partir del 1 de marzo de 2021.

### 3.2.2. Más información sobre los árbitros

Se puede mejorar la confianza si es que mejoran los mecanismos de información respecto de los árbitros. A diferencia del arbitraje con el Estado, en el arbitraje comercial la regla general es la confidencialidad. Las actuaciones y el laudo, como regla general, se mantienen en reserva, incluso culminado el procedimiento arbitral. Conforme con la citada regla general respecto de la confidencialidad del arbitraje, la información relativa a las controversias arbitrales en las que han participado las partes no será accesible para personas ajenas al arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior, respetando la confidencialidad establecida como premisa general en el arbitraje comercial, las instituciones arbitrales pueden difundir información valiosa, aunque de manera anonimizada, para conocer cómo laudan o cómo votan los árbitros en las controversias bajo la administración de la correspondiente institución arbitral. Aunque anonimizada, con esta información se podría verificar inclusive si un determinado árbitro vota de manera singular o en discordia, lo cual, en principio, no sería *per se* objetable, siempre que existan razones que justifiquen dicho voto particular.

La confidencialidad del arbitraje comercial es la regla, pero la Ley de Arbitraje admite que se establezca pacto en contrario,<sup>8</sup> por lo que, inclusive, las instituciones arbitrales podrían incorporar en sus reglamentos que, concluida las actuaciones arbitrales, los laudos sean publicados por ellas mismas.

La publicación de los laudos comerciales no se encuentra alejado de la realidad, pues es una regla que se encuentra incorporada en el Reglamento de AmCham Perú, el cual establece: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, transcurrido seis (6) meses de dictado el laudo, el Centro podrá disponer su publicación [...]».<sup>9</sup>

Otra información relevante son las sanciones aplicadas por la institución arbitral a los árbitros. Actualmente, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a través de su Faro de Transparencia, publica el nombre del árbitro, el tipo de sanción aplicada y el motivo de la sanción.<sup>10</sup>

Con más información, más grande será la posibilidad de conocer cómo deciden los árbitros. La información será un importante incentivo para que los árbitros procuren que cada caso sea resuelto con los mejores estándares y que solamente acepten aquellos casos en los que puedan participar, respetando los deberes de imparcialidad e independencia. Recordemos que los abogados y las propias partes velarán porque los integrantes del tribunal arbitral reúnan las cualidades de imparcialidad e independencia necesarias. Como señala Ezcurra (2015):

[L]a competencia entre los abogados por ganar el caso y el proceso de conformación que permite fiscalizaciones recíprocas redundan en conformar un tribunal idóneo (imparcial y diligente) para la tarea de resolver la disputa. (p. 236)

### 3.2.3. Confirmación de los árbitros

En la actualidad, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima cuentan con un sistema de confirmación aplicable a los árbitros designados que no pertenezcan a la nómina de la institución arbitral.<sup>11</sup> Contar un sistema de confirmación de los árbitros puede contribuir a reducir del número de recusaciones a los árbitros designados unilateralmente por alguna de las partes, lo cual generará mayor confianza en la designación unilateral de los árbitros.

<sup>8</sup> Artículo 51 de la Ley de Arbitraje.

<sup>9</sup> Numeral 5 del artículo 9 del Reglamento de Arbitraje de AmCham Perú, vigente a partir del 1 de julio de 2021.

<sup>10</sup> Disponible en <<https://www.arbitrajeccl.com.pe/sanciones>>.

<sup>11</sup> Artículos 11 y 12 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y Directiva del Sistema de Confirmación de Árbitros PUCP del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Si bien el sistema de confirmación de los árbitros resulta positivo, no obstante, considero que podría contribuir mucho más a reducir la desconfianza en la designación unilateral de los árbitros si es que este sistema fuera aplicable a todos los integrantes del tribunal arbitral y no solamente a aquellos árbitros que no son integrantes de la nómina de la institución arbitral.

Desde la perspectiva de las partes, que un árbitro se encuentre en la nómina de una institución arbitral no garantiza que no tenga algún conflicto de interés con las partes o con la controversia en particular, por ello considero que el sistema de confirmación de árbitros podría hacerse extensivo a todos los integrantes del tribunal arbitral, siempre que no hayan sido designados residualmente por la propia institución arbitral.

El procedimiento de confirmación de árbitros al que me refiero no solamente sería aplicable a aquellos profesionales que no forman parte de la nómina de árbitros de la respectiva institución arbitral, sino a todo árbitro que no haya sido designado por la propia institución arbitral, pertenezca o no pertenezca a la nómina de la institución arbitral.

Con este mecanismo de confirmación, la institución arbitral analizará la posible existencia de conflicto de interés o circunstancias que podrían generar dudas justificadas respecto de la imparcialidad e independencia de cada árbitro designado por las partes o por los integrantes del tribunal arbitral.

Lo indicado no es ajeno a nuestra realidad, pues en el reciente Reglamento de AmCham Perú, vigente desde el 1 de julio de 2021,<sup>12</sup> el mecanismo de confirmación será aplicada a todos los integrantes del tribunal arbitral, pertenezcan o no a la nómina de árbitros de la institución arbitral.

### **3.3. Buenas prácticas de los árbitros**

La Ley de Arbitraje y los reglamentos de las instituciones arbitrales prevén la obligación de los árbitros de revelar cualquier circunstancia que pudiera generar cualquier duda justificada sobre su imparcialidad o independencia. Todos los árbitros deben cumplir adecuadamente dicho deber de revelación, incluyendo el árbitro designado unilateralmente.

Adicionalmente al cumplimiento del deber de revelación, considero que los árbitros designados unilateralmente pueden realizar algo adicional para reducir la eventual desconfianza que existe en su nombramiento. Los mejores árbitros son aquellos que se conducen con profesionalidad, que son éticos, responsables, conocen a profundidad sus casos y son celeres. Los mejores árbitros siempre tendrán la preferencia de las partes, de los estudios de abogados y de las instituciones arbitrales.

Como en cualquier profesión u oficio, el mercado siempre premiará con su preferencia a los mejores. En el caso del arbitraje, a través de las designaciones, el mercado premia a los árbitros con su preferencia.

Lo expresado implica que, en ocasiones, dichos árbitros sean designados en varias oportunidades por las partes o los estudios de las partes, presentándose la figura de los «nombramientos recurrentes» o «nombramientos repetidos».

Los nombramientos repetidos pueden ser el premio de ser considerado como de los mejores árbitros. Esto no debería tener, en sí mismo, ninguna connotación negativa. Por ello concordamos con Gómez-Acebo en que «la mera existencia de nombramientos repetidos no debería, en principio, ser suficiente para descalificar a un árbitro» (Gómez-Acebo, 2014, p. 167).

Sin embargo, considero que los árbitros deberían autorregularse evitando, en lo posible, aceptar nombramientos unilaterales repetidos en cantidades que puedan generar dudas en la contraparte.

---

<sup>12</sup> Numeral 2 del artículo 24 del Reglamento de Arbitraje AmCham Perú, vigente a partir del 1 de julio de 2021.

Aunque en el *soft law*, las reglas IBA establecen como límite dos o más designaciones por una de las partes o por una afiliada a estas,<sup>13</sup> considero que ese criterio del arbitraje internacional resulta demasiado estricto y no es acorde a la realidad del arbitraje comercial nacional. Aunque no comparto que pueda establecerse un número máximo exacto de nombramientos repetidos, sí considero prudente, para evitar desconfianza en el nombramiento, no participar en nombramientos unilaterales repetidos en cantidades que puedan generar dudas en la contraparte. El número de casos máximo dependerá del número total de casos que el árbitro tenga en curso, si se trata o no, de controversias que pudieron consolidarse porque son entre las mismas partes y respecto del mismo contrato, entre otros aspectos que justifiquen la aceptación de dichos nombramientos.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Una norma no cambiará por sí misma la eventual desconfianza en los árbitros designados unilateralmente. Se puede reducir esta desconfianza en los árbitros, no es necesario un cambio legal para intentar reducirla.

Las normas vigentes admiten que puedan incorporarse nuevas prácticas que pueden contribuir a reducir de alguna forma la eventual desconfianza en los árbitros nombrados por alguna de las partes, e inclusive de los árbitros en general.

Para contribuir con la reducción de la eventual desconfianza en el árbitro designado unilateralmente, las partes, las instituciones arbitrales y los propios árbitros pueden aplicar prácticas que permitan que la designación unilateral de los árbitros se desarrolle dentro de un escenario de mayor confianza para las partes.

#### 5. BIBLIOGRAFÍA

BULLARD, Alfredo. «Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor». En *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 15-31.

BULLARD, Alfredo y José Luis REPETTO. «Charles Darwin y el arbitraje». En BULLARD, Alfredo. *Litigio arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra Editores, 2016, pp. 15-30.

EZCURRA, Huáscar. «Corrupción y arbitraje: a propósito de las Reglas IBA sobre conflicto de intereses». En *Ius Et Veritas*, 2015, n.º 50, pp. 234-239. Recuperado de <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14817>>.

FEIBLES, Nayiber. «Reflexiones en relación con los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia e imparcialidad del árbitro». En *Cadernos de Direito Actual*, 2019, n.º 11, pp. 141-160.

GÓMEZ-ACEBO MONTAÑOLA, Alfonso. «Algunos factores a considerar en el análisis de si los nombramientos repetidos deben descalificar al árbitro». En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, 2014, n.º 3, pp. 167-174.

MARTÍNEZ, Elvira. «Criterios para la designación de árbitros». En *Actas del Octavo Congreso Internacional de Arbitraje Lima 2014*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, vol. 39, pp. 115-121.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «Fundamentos, criterios, procedimiento y credibilidad en la selección del árbitro en el arbitraje internacional». En: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2018, n.º 3, pp. 510- 522.

---

<sup>13</sup> Numeral 3.1.3 de las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional 2014.

MOURRE, Alexis. «Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration». En *Kluwer Arbitration Blog*, 5 de octubre de 2010. Recuperado de <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulssons-moral-hazard-in-international-arbitration/>>.

ONYEMA, Emilia. «Selection of arbitrators in international commercial arbitration». En *International Arbitration Law Review*, 2005, pp. 45-54.

MORI BREGANTE, Pablo. «Revisitando el método tradicional de designación de árbitros». En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Destrezas legales en el litigio arbitral*. Lima: Palestra, 2018, pp. 107-118.

PAULSSON, Jan. «Moral Hazard in International Dispute Resolution». En *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, noviembre 2010, vol. 25, issue 2, pp. 339-355.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. 2018 *International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration*, 2018, p. 7. Recuperado de <[http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)>.

VAN DEN BERG, Albert Jan. «Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration». En ARSANJANI, Mahnoush y otros (editores). *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 821-843. Recuperado de <<http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/2011-AJvdb-Dissenting-Opinions-in-Investment-Arbitration.pdf>>.

VAN DEN BERG, Albert Jan. «Decisiones salomónicas: Realidades, mitos y ética». En *Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción*, 2013. Recuperado de <<http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/2013-AJvdb-Decisiones-Salomonicas.pdf>>.

VAN DEN BERG, Albert Jan. «Charles Brower's Problem with 100 %—Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration». En CARON, David D. y otros (editores). *Practising Virtue: Inside International Arbitration*. Oxford: online EDN, Oxford Academic, 2015. Recuperado de <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198739807.003.0031>>.





## ¿ES CORRECTO O NO ES CORRECTO? REFLEXIONES SOBRE INTERROGATORIOS A TESTIGOS EN EL ARBITRAJE

*José Steck\**

**Sumario:** 1. Los testigos en el arbitraje.— 2. Regulación de los testigos en el arbitraje.— 3. Los interrogatorios.— 4. Algunas reglas básicas para interrogar, dependiendo del tipo de interrogatorio.— 5. La participación del árbitro.— 6. Conclusiones.— 7. Bibliografía.

Hace varios años atrás, aproximadamente por el 2006, realicé mis prácticas preprofesionales en una prestigiosa institución arbitral en el Perú, en la cual tuve la oportunidad de participar en muchas audiencias arbitrales.

Escuchaba con gran asombro la manera como los abogados de las principales firmas legales del Perú sustentaban sus casos, con pasión y convicción para convencer a los más distinguidos árbitros del país. Mi primer contacto con el arbitraje fue cuando era algo novedoso, cuando se forzaba la aplicación de un Código Procesal Civil que quedaba obsoleto y rudimentario en comparación al arbitraje, como mecanismo de solución de controversias de avanzada.

Desde esa época, una de las cuestiones que siempre me llamó la atención fueron los interrogatorios, pero hace varios años atrás estos eran muy parecidos a los que se hacían en el Poder Judicial. Es más, cuando un abogado ofrecía como prueba una declaración testimonial debía adjuntar a su demanda un denominado «pliego interrogatorio», que debía estar en un sobre cerrado, lacrado y que contenía las preguntas que se harían posteriormente al testigo cuando se lleven a cabo las audiencias de pruebas. Al llegar las audiencias de pruebas, el tribunal arbitral, en la mayoría de ocasiones, abría el sobre del pliego de interrogatorio, con presencia de ambas partes, y comenzaba con la lectura casi ritualista de dichas preguntas. Es más, en algunas ocasiones, el abogado leía la pregunta al tribunal arbitral para que el tribunal se la traslade nuevamente al testigo y que este último pudiera responder.

A partir de ello, iba cada pregunta con una glosa que, con más o menos palabras, decía lo siguiente: «Por su intermedio señores miembros del tribunal, para que el testigo diga si es que es verdad que [...]».

En contraposición a ello, actualmente, el arbitraje ya se le entiende claramente como un mecanismo alternativo de solución de controversias alejado de cualquier contaminación del proceso judicial ordinario, lo que incluye también la manera cómo se interrogan a los testigos.

El presente artículo tiene el propósito de compartir algunas experiencias sobre cómo se puede aproximar un interrogatorio a un testigo, sin que sea entendido como una reglamentación exhaustiva para interrogar, sino más bien como contribución a la búsqueda de la verdad material con un tipo de prueba que es de significativa importancia para el arbitraje.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro y Magíster en Derecho Civil, especialista en Arbitraje y Derecho de la Construcción.

Para tal efecto, el presente artículo tratará sobre lo siguiente: i) los testigos en el arbitraje; ii) regulación de los testigos en el arbitraje; iii) los interrogatorios; iv) algunas reglas básicas para interrogar, dependiendo del tipo de interrogatorio; v) la participación del árbitro; y, v) conclusiones.

El presente artículo va dedicado al maestro César Guzmán-Barrón Sobrevilla, a quien tuve el agrado de conocer como profesional comprometido con el impulso y desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de controversias. Luego tuve el placer de trabajar algún tema particular con él y aprender valiosas enseñanzas sobre las formas como solucionar un conflicto. Al margen de lo valioso del aprendizaje, lo más destacable es su gran humildad y calidad humana para tratarte como un amigo.

## 1. LOS TESTIGOS EN EL ARBITRAJE

Hay muchos operadores jurídicos que creen que los testigos solo se deben utilizar cuando no haya alguna otra prueba que sirva para sustentar un hecho. Ello no debe ser así necesariamente. En primer lugar, un testigo sí puede servir para sustentar un hecho; en segundo lugar, puede servir para dar mayor fuerza probatoria a alguna otra prueba que se haya presentado en el arbitraje; en tercer lugar, sirve para generar un contexto de la realidad sobre la que se plantean los hechos del caso; en cuarto lugar, también se puede utilizar para contrarrestar la posición contraria de la contraparte.

Cuando hacemos referencia al testigo, este puede ser de hechos o el experto. El primero, como se podrá advertir, tendrá el propósito de demostrar que un hecho se produjo en el plano de la realidad, usualmente utilizado ante la ausencia de pruebas que evidencie la ocurrencia del evento. El testigo experto se trata de una persona con amplia experiencia en una de las materias que son discutidas en el arbitraje y que será convocado por alguna de las partes o por el propio tribunal arbitral para que pueda esclarecer algún tema de complejidad o dificultad.

## 2. REGULACIÓN DE LOS TESTIGOS EN EL ARBITRAJE

En el Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (Ley de Arbitraje), hay dos artículos en los que se menciona a los testigos. El primero en el artículo 35 de dicha norma, referida al lugar del arbitraje; y, el segundo, el artículo 51 referido a confidencialidad en el arbitraje.

El numeral 2 del artículo 35 de la Ley de Arbitraje indica: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. El tribunal arbitral podrá llevar a cabo deliberaciones en cualquier lugar que estime apropiado». La anterior norma habilita a que los árbitros puedan reunirse en cualquier lugar que estimen conveniente para oír a los testigos y a los peritos (testigos expertos).

El artículo 51 de la norma hace mención de la confidencialidad en el arbitraje. Nos indica que inclusive alcanza a los testigos y peritos, cuando refiere lo siguiente:

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

Por lo tanto, los testigos deberán guardar confidencialidad de lo que declaren, de lo que se les pregunte y de cualquier información que conozcan con motivo del arbitraje al cual han sido llamados a prestar su declaración.

Esas son las únicas referencias que se identifican directa y frontalmente sobre testigos en la Ley de Arbitraje.

Respecto de los peritos, aparte de lo ya comentado, específicamente, su participación se regula en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje:

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo, requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a estos.
2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.
3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.

Los peritos son especialistas en una determinada materia, una vez emitida su opinión como experto sobre una materia de complejidad, podrán prestar declaración y las partes podrán manifestar su posición sobre el particular.

De otro lado, toda vez que las declaraciones de un testigo de hecho y de un perito son pruebas al final de cuentas, se regulan bajo el régimen general de tratamiento de pruebas de la Ley de Arbitraje.

Así, haremos un repaso de aquellos artículos de la Ley de Arbitraje que se han advertido pueden ser aplicados a los testigos y peritos sin que esta lista sea cerrada o agote todas las posibilidades, que inclusive podrían darse mediante la interpretación o integración normativa, según cada caso en concreto.

El artículo 8 de la Ley de Arbitraje nos indica:

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

Ello debe ser leído en conjunto con el numeral 1 del artículo 45 de la Ley de Arbitraje que indica:

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.
2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.
3. A menos que la actuación de la prueba sea manifestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.
4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.

Nuestra Ley de Arbitraje permite la asistencia judicial en la actuación de pruebas. Ello determina que en aquellos casos en los que alguna de las partes ofrezca un testigo que sea renuente a prestar declaración, puede requerir la asistencia judicial para que se ordene al testigo a prestarla. Claro está

que si aun el testigo no colabora con su declaración, la parte perjudicada con la ausencia de declaración podrá pedir al tribunal arbitral que efectúe las inferencias adversas del caso, conforme al artículo 9, numeral 6, de las Reglas IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional.<sup>1</sup>

La amplitud de las facultades que tiene un tribunal arbitral para que se pueda actuar una declaración testimonial es grande. La del juez es limitada a que realice lo necesario para que se actúe la prueba, sea ante el propio juez o ante el árbitro. Inclusive cuando se dé ante el juez, los árbitros pueden participar y realizar preguntas. Harta flexibilidad para los árbitros, en beneficio del arbitraje, con una restricción de la participación judicial a lo mínimo posible.

El numeral 2 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje indica que: «2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer».

En el respectivo memorial de posición de fondo, las partes deberán presentar las pruebas y ofrecer los testigos y peritos. Actualmente, una declaración del testigo por escrito es lo que se debe adjuntar, para que la otra parte tenga oportunidad suficiente de analizar dicha declaración, contrastarla y luego examinar al testigo dentro de los límites de dicha declaración, con la antelación y tiempo suficientes que le garantice el ejercicio de su derecho de defensa.

El numeral 1 del artículo 42 de la Ley de Arbitraje indica:

1. El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrarán audiencias.

Conforme al artículo anterior, las declaraciones testimoniales no solo deben quedar por escrito, sino que las mismas deben ser actuadas en una audiencia de pruebas. Esto, probablemente, vale mucho más que la declaración escrita, pues los abogados que no ofrecieron el testigo tendrán una oportunidad muy importante de interrogar al testigo, lo cual es clave y determinante para su caso. En este orden, cuando los testigos son interrogados pueden confirmar una serie de cuestiones o quedar descalificados por incurrir en contradicciones o no dar coherencia a su testimonio. Todo ello, posteriormente, podrá ser explotado por los abogados en las alegaciones y conclusiones de clausura o finales del caso.

Una de las cuestiones más importantes de ello es que los propios árbitros tienen la oportunidad de tener al testigo, cara a cara, e interrogarlo y despejar cualquier duda directamente. Soy de los que creen que una audiencia con testigos vale muchísimo, pues los árbitros tienen la oportunidad de despejar dudas o de confirmar hechos, con inmediación.

El arbitraje se basa en la confianza, por lo que si un testigo miente o si el abogado que lo interroga lo hace caer en contradicciones con lo sostenido por él mismo o por la otra parte, pierde confianza y el árbitro desconfiará de dicho testimonio e inclusive de la posición de la otra parte.

De otro lado, el artículo 43 de la Ley de Arbitraje establece:

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios. 2. El tribunal arbitral está facultado asimismo

---

<sup>1</sup> Artículo 9.- «Admisibilidad y valorización de la prueba  
[...] 6. Si una Parte no cumpliere, sin explicación satisfactoria, con poner a disposición cualquier otra prueba relevante (incluyendo testimonios) solicitada por una parte frente a la cual la parte requerida no hubiera objetado en debido tiempo o no cumpliera con poner a disposición cualquier prueba, incluyendo testimonios, que el tribunal arbitral haya ordenado practicar, el tribunal arbitral podrá considerar que esa prueba es contraria a los intereses de esa parte».

para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

El anterior artículo es el principal sobre pruebas en la ley de arbitraje. Determina la amplia facultad del tribunal arbitral para el tratamiento de las pruebas en el arbitraje, lo que incluye a los testigos. Esta facultad es amplísima en comparación a aquella que tiene un juez y cualquier práctica de la regulación del Código Procesal Civil.

De hecho, la Ley de Arbitraje desincentiva su uso y marca distancia con relación al tratamiento de las pruebas contaminadas por regulaciones del proceso civil. Así, el artículo 34 de la Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

Artículo 34.- «Libertad de regulación de actuaciones

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, *el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

3. *Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.*

4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos».

Asimismo, dicho artículo debe ser leído en conjunto con la Décima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje señala: «Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil».

En complemento a ello, el doctor Jorge Santistevan de Noriega ha señalado:

*El DL n.º 1071 excluye al Código Procesal Civil como fuente supletoria del arbitraje ya que, según postula, las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se sujetara el tribunal en las actuaciones arbitrales y, a falta de acuerdo, queda dentro de la discrecionalidad del tribunal decidir las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*<sup>2</sup>

Conforme a lo indicado queda claro que la Ley de Arbitraje fomenta la inaplicación de la normativa del Código Procesal Civil en el arbitraje.

En tal sentido, la facultad para evaluar las pruebas es absoluta del tribunal arbitral, teniendo libertad de manera exclusiva para determinar su admisión, pertinencia, actuación y valoración.

En la misma línea, los doctores Leonel Pereznieto Castro y James A. Graham han indicado: «Por regla general, no hay muchas disposiciones en los reglamentos de arbitraje para la administración de las pruebas, permitiendo así al tribunal arbitral y a las partes gozar de una libertad muy grande».<sup>3</sup>

Asimismo, el doctor Francisco González de Cossío ha señalado:

El objeto de una prueba puede ser muy amplio. Puede involucrar todo elemento de información que una parte invoque en apoyo de su pretensión o como un medio de defensa. Dicha definición

<sup>2</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Inevitabilidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2008, n.º 7, pp. 91 y 92.

<sup>3</sup> PEREZNIETO CASTRO, Leonel y JAMES A. GRAHAM, *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*. México D. F.: Limusa, 2009, p. 211.

abarca no solo los «hechos», sino también las opiniones emitidas por expertos sobre las causas o consecuencias de los hechos.

[...]

*Las pruebas en el arbitraje tienen un tratamiento distinto al que se les da en procedimientos judiciales. El formalismo judicial no existe —ni debe existir— en el arbitraje.<sup>4</sup>*

Es por ello que se considera, sin lugar a dudas, que la Ley de Arbitraje establece la facultad del tribunal arbitral para la administración de las pruebas de la manera que mejor estime conveniente, siempre resguardando los derechos de las partes.

Como se puede confirmar, el tratamiento general de las pruebas es diferente en el Poder Judicial que en el arbitraje, por lo que cualquier práctica procesal debe ser desterrada del arbitraje.

Lo mismo sucede precisamente con los testigos. El tratamiento de estos es absolutamente diferente en arbitraje que en el Poder Judicial. En el arbitraje más bien se busca emplear los usos y costumbres, las buenas prácticas arbitrales y, especialmente, el denominado *soft law*, al cual se debe recurrir para utilizar de forma apropiada a los testigos.

Dentro de los principales, tenemos las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, en cuyo artículo 4 regula el tratamiento que se debe tener respecto de un testigo. Específicamente, en el numeral 5 del artículo 4 se especifica inclusive lo que debe contener cada declaración testimonial:

5. Cada Declaración Testimonial deberá contener:

- (a) el nombre completo y la dirección del testigo, una declaración concerniente a su relación pasada y presente (si la hubiere) con las Partes, y una descripción de sus antecedentes, cualificaciones, capacitación y experiencia, si dicha descripción pudiera ser relevante para el conflicto o para el contenido de su declaración;
- (b) una descripción completa y detallada de los hechos, así como de la fuente de información del testigo sobre tales hechos suficiente para constituir la prueba testimonial aportada sobre la materia controvertida. Los documentos en los que los testigos se basen y que no hayan sido presentados anteriormente, deberán acompañarse;
- (c) una manifestación sobre el idioma en el que la Declaración Testimonial fue originalmente preparada y el idioma en el cual el testigo prevé declarar en la Audiencia Probatoria;
- (d) una declaración sobre la veracidad de la Declaración Testimonial; y,
- (e) la firma del testigo, así como la fecha y el lugar.

De otro lado, tenemos las Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga), que tienen una visión mucho más cercana al *civil law*, a diferencia de las Reglas de la IBA anteriores que tienen una perspectiva desde el *common law*.

Es una realidad que los arbitrajes no se manejan de la misma manera en el Perú que en otros países. Las Reglas de Praga no han tenido aún la misma acogida que las Reglas de la IBA, ya mencionadas, en el Perú, sin embargo, constituyen un marco también de importante referencia para ser utilizado durante la tramitación de un arbitraje en el Perú. Las Reglas de Praga dan mayor impulso a la actividad de los árbitros en la dirección eficiente del arbitraje.

---

<sup>4</sup> GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2011, p. 541.

El artículo 5 de las Reglas de Praga mencionadas indica:<sup>5</sup>

Artículo 5.- «Testigos

5.1. Al presentar un escrito de demanda y un escrito de contestación, o en otra fase del procedimiento que el tribunal arbitral considere apropiado, cada parte identificará:

- a) cada uno de los testigos (de existir) sobre cuyo testimonio la parte pretenda basar sus pretensiones;
- b) las circunstancias de hecho sobre las que el testigo prestará declaración; y
- c) la relevancia de la declaración para la decisión del asunto.

5.2. Después de haber oído a las partes, el tribunal arbitral decidirá los testigos que serán citados para prestar declaración en las audiencias, según los artículos 5.3 a 5.9 siguientes.

5.3. El tribunal arbitral podrá denegar la práctica del interrogatorio de determinados testigos durante la audiencia antes o después de la aportación al procedimiento de su declaración testifical escrita; especialmente, si considera que tal declaración es irrelevante, superflua, demasiado gravosa, reiterativa o, por cualquier otro motivo, innecesaria para la resolución de la controversia.

5.4. Si el tribunal arbitral decide rechazar la práctica de la declaración oral de un testigo antes de la aportación de su declaración testifical escrita, esta decisión no impedirá a la parte aportar la declaración escrita de ese testigo a las actuaciones.

5.5. El tribunal arbitral, si así lo estima pertinente, podrá invitar a una parte a aportar la declaración testifical escrita de un determinado testigo antes de la audiencia.

5.6. Si una parte aporta una declaración testifical escrita sobre la base del artículo 5.4 o tras la invitación del tribunal arbitral del artículo 5.5, el tribunal arbitral, una vez oídas las partes, podrá denegar, pese a todo, la práctica de la declaración de ese testigo durante la audiencia.

5.7. No obstante, si una parte insiste en la comparecencia de un testigo cuya declaración escrita haya sido aportada por la otra parte a las actuaciones, el tribunal arbitral, como regla general, citará al testigo para que preste declaración en la audiencia, salvo que concurren razones justificadas para no hacerlo.

5.8. Cualquier decisión denegatoria de la comparecencia en sala de un testigo que haya aportado su declaración escrita al procedimiento no limitará las facultades del tribunal arbitral para, según su criterio, valorar el contenido probatorio de esa declaración escrita.

5.9. Durante la audiencia, el interrogatorio de cualquier testigo será dirigido y controlado por el tribunal arbitral. El tribunal arbitral podrá rechazar la formulación de una pregunta al testigo si considera que la misma es irrelevante, repetitiva, innecesaria para la determinación de la controversia o por cualesquiera otras razones. Una vez oídas las partes, el tribunal arbitral, según su criterio, también podrá adoptar otras restricciones, incluidas las referidas al orden de comparecencia de los testigos o a los tipos de preguntas que serán admitidas o a la celebración de carcos de testigos».

Otra de las importantes guías que hay para poder realizar la actuación de pruebas testimoniales es el *Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration* del Chartered Institute of Arbitrators<sup>6</sup> de casi nulo uso en el Perú. Esta guía trae un *checklist* (lista de verificación), *standard directions* (direcciones estándar) y *specific directions* (direcciones específicas).

<sup>5</sup> GRUPO DE TRABAJO DE LAS REGLAS DE PRAGA. *Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga)*. 2018. Recuperado de <<https://pragueregules.com/upload/medialibrary/91c/91c0846151802b375541460b34e6b663.pdf>>.

<sup>6</sup> CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. *Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration*. 2019. Recuperado de <<https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019.pdf>>.

El *checklist* establece una lista de asuntos que sirven para determinar si es que es conveniente o no llevar adelante la actuación de una prueba testimonial. Primero, establece si es conveniente el testigo como evidencia y, segundo, la forma en que se debe desarrollar la actuación de la prueba testimonial.

El *standard directions* establece un marco general para ser incluido como parte de la orden procedimental inicial. Plantea una serie de principios en caso el tribunal ordene las que se tomen las testimoniales de forma continua.

En el caso de las *specific directions*, se emiten una vez que el tribunal arbitral y las partes ya han decidido llevar adelante las audiencias de testigos. Establece tres tipos de marcos procedimentales para una audiencia con testigos, dependiendo si es conducida por el tribunal, el testigo o el abogado de las partes. El tribunal puede combinar de la manera que estime conveniente estas tres aproximaciones.

Es muy importante tener en cuenta las normas de *soft law* que complementan la Ley de Arbitraje, ya que es perfectamente posible su utilización ante vacíos de regulación en la Ley de Arbitraje, conforme al numeral 3 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje:

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

Conforme a ello, ante los vacíos normativos en la Ley de Arbitraje, el tribunal arbitral puede aplicar los principios arbitrales y los usos y costumbres en materia arbitral, para integrar las normas de *soft law*.

### 3. LOS INTERROGATORIOS

Conociendo algunas reglas básicas que deben tenerse en cuenta para establecer la manera como se organiza la actuación de una declaración testimonial, llega el momento en que se establece la manera como se darán los interrogatorios. La regla general utilizada es que haya un interrogatorio cruzado, uno directo, otro recruzado y otro redirecto.

El interrogatorio cruzado es realizado a un testigo usualmente por el abogado de la contraparte y tiene como propósito encontrar contradicciones, desacreditar al testigo, obtener información que le sirva para los alegatos y conclusiones finales a favor de su defensa.

Luego viene el interrogatorio directo, el cual es efectuado usualmente por el abogado de la parte que aportó al testigo como prueba. En este caso, busca que el testigo clarifique algo que de su declaración testimonial, que explique con mejor detalle algo que dijo en su declaración o que complemente algo relacionado a dicha declaración.

Después de esto, se produce el interrogatorio recruzado, en el que se puede hacer preguntas sobre lo preguntado y respondido en la ronda anterior de preguntas del interrogatorio directo.

Finalmente, en el interrogatorio redirecto, se pueden hacer preguntas únicamente sobre lo preguntado en el interrogatorio recruzado.

Estas no son reglas absolutas para los interrogatorios, pero sí representan el estilo usual en que se suelen hacer los interrogatorios.

Para algunos árbitros inclusive resulta relevante comenzar con el interrogatorio directo, para hacerse una idea de algunos aspectos claves de la declaración testimonial y luego seguir con la secuencia.



#### 4. ALGUNAS REGLAS BÁSICAS PARA INTERROGAR, DEPENDIENDO DEL TIPO DE INTERROGATORIO

Hace algún tiempo, cuando muy poco se sabía sobre las reglas básicas para interrogar, me topé con un video de una clase que daba el profesor Irving Younger sobre lo que denomina los diez mandamientos de la examinación cruzada en la UC Hastings College of the Law.

En dicha clase, Irving Younger enseñaba cuáles eran las diez reglas más importantes para hacer una examinación cruzada, inclusive señala que algunas de estas son repetidas. Considero que estas reglas no son absolutas, pero pueden ser bien utilizadas por los abogados que interrogan para, precisamente, ayudar al tribunal arbitral a llegar a la verdad material del caso. Personalmente, no utilizo estas reglas a rajatabla y hasta me he animado a adaptar algunas de ellas; sin embargo, creo que sirven de ilustración para no caer en errores garrafales que llevan a los abogados a perderse en sus propias preguntas. Mientras uno más se apegue a estas reglas, probablemente el interrogatorio sea más productivo para la defensa y para encontrar la verdad material que ayude al tribunal arbitral a resolver la controversia. En contrario, cuanto más se alejen los abogados de estas reglas, es más probable que el interrogatorio sea un desastre y no cumpla el propósito esperado.

El profesor Irving Younger planteó los diez mandamientos de la examinación cruzada que inspiran las siguientes líneas:

- Primer mandamiento. Sé breve, corto y conciso. Cuanto menos se diga, más cortas las preguntas, menos probabilidad de equivocación al interrogar. Será más fácil además de ser entendido por el interrogado y por el tribunal arbitral. Lo menos que se pregunte, es mejor.
- Segundo mandamiento. Usar palabras sencillas. Las preguntas serán más fáciles de entender por todos. Por ejemplo: es más fácil hacer referencia a manejar un carro, que a operar un vehículo automotor.
- Tercer mandamiento. Utilizar solo *leading questions*. En el interrogatorio cruzado, a diferencia del directo, considero que la principal regla por ser utilizada es esta. En muchos interrogatorios, me he topado con abogados que hacen preguntas abiertas, por ejemplo: ¿cómo?; ¿cuándo?; ¿por qué? Este tipo de preguntas hace que el testigo tenga amplia oportunidad de explicarse, cuando más bien en el interrogatorio cruzado se pretende que quien lleve la batuta sea el interrogador. En otras palabras, en este tipo de interrogatorio, el interrogador debe lograr que el testigo hable lo menos posible y que solo se limite a confirmar lo que se le está preguntando como, por ejemplo:

Usted firmó el contrato, ¿correcto?

Y para firmarlo, revisó todo el contrato en su integridad, ¿es así?

Y también vio la cláusula de solución de controversias, ¿correcto?

En el momento que se haga una pregunta directa, probablemente, se vea al testigo controlando el interrogatorio.

- Cuarto mandamiento. Estar preparado. Siempre el que interroga debe conocer lo que se va a responder el testigo de antemano, no se puede fallar en esto. Para eso se requiere preparación y las líneas de interrogatorio claramente definidas. No se debe improvisar, puesto que lo que el testigo pueda decir, puede ser determinante y contrario para los intereses de la defensa.

- Quinto mandamiento. Escuchar lo que dice el testigo. Escuchar al testigo es muy importante, puesto que el testigo puede ya haber respondido algo que se va a preguntar en una respuesta anterior. Si es que no se escucha, se puede caer en repreguntar y que el testigo inclusive aclare algo que previamente ya dijo y que la nueva respuesta sea perjudicial para la posición defendida.
- Sexto mandamiento. No pelearse con el testigo. He notado varios interrogatorios donde los abogados llaman la atención a los testigos inclusive sobre alguna situación que pueda resultar contradictoria, absurda o similar. Ello no se debe hacer porque, por un lado, no será bien visto por los árbitros; y, por el otro, el abogado perderá la ilación sobre el interrogatorio.
- Séptimo mandamiento. Evitar la repetición. El abogado que interroga en el interrogatorio cruzado debe buscar evitar que el testigo repita lo ya dicho en el interrogatorio directo, para evitar que refuerce esa idea. Cuantas más veces se repita algo es más probable que quede grabado en la memoria de los árbitros.
- Octavo mandamiento. Evita que el testigo se explique. El abogado que interroga debe procurar que el testigo conteste únicamente sí, no o no sé a lo preguntado. Eso hace que el interrogador sea el que lleve la batuta y no el testigo. Tan pronto como el testigo empiece a explicarse, ahí se generarán problemas en la conducción del interrogatorio.
- Noveno mandamiento. No preguntar sobre un tema demasiado. Si uno pregunta demasiado sobre un tema, es probable que se pueda distorsionar lo ya confirmado por el testigo. Una vez que ya se consiguió que el testigo responda lo que se espera no es necesario seguir preguntando sobre el particular.
- Décimo mandamiento: guarda el último punto para las conclusiones. Una vez obtenidas las respuestas a veces ya no es necesario preguntar más, por el contrario, utilizar estas respuestas para las conclusiones finales.

Como lo he expuesto, estos «mandamientos» son una serie de recomendaciones que garantizan un buen interrogatorio cruzado. Sin embargo, no son reglas fijas y, finalmente, cada abogado es libre de ejercer la defensa de sus clientes como estime conveniente.

De otro lado, en el caso de los interrogatorios directos, la regla principal es que las preguntas sean abiertas, en contrario al caso anterior de los interrogatorios cruzados, como por ejemplo:

¿Podría aclarar este punto de su declaración?

¿Por qué se celebró la adenda del contrato?

¿De qué temas las partes trataron antes de la firma de la adenda del contrato?

Ello permitirá que el testigo interrogado directamente pueda explicarse, corregir y aclarar cualquier punto importante de su declaración testimonial.

## 5. LA PARTICIPACIÓN DEL ÁRBITRO

El árbitro tiene un rol protagónico en los interrogatorios, pues es el encargado de dirigir las actuaciones arbitrales. En mi experiencia, he visto árbitros muy buenos, como otros pésimos. Un árbitro bueno dará libertad al abogado que interroga para que lo haga con la menor cantidad de interrupciones posibles. Se guardará las preguntas para el final, salvo que sea imprescindible interrumpir. Ello debido a que sabe que el abogado busca llegar a una conclusión con el interrogatorio. El interrumpirlo, más

bien, hará que el abogado pierda la ilación y, probablemente, que luego el testigo no entienda por qué se le está preguntando algo.

Este tipo de árbitros sabe que el abogado en un interrogatorio cruzado debe hacer preguntas cerradas y no abiertas. En alguna ocasión, apreció que un árbitro le pedía al abogado que no haga preguntas cerradas en un interrogatorio cruzado porque inducía a la respuesta al testigo, ante la sorpresa del abogado y de todos los asistentes. En otra ocasión, uno de los abogados se quejó ante el árbitro de que el abogado de la otra parte estaba haciendo preguntas cerradas en un interrogatorio cruzado. El árbitro, que sí conocía cómo funcionan los interrogatorios, precisamente advirtió que se estaban haciendo preguntas cerradas porque eso era lo que correspondía en ese momento, que él estaba también notando ello, pero que era lo correcto y que no aceptaba la objeción.

Es necesario que los árbitros permitan que los testigos respondan lo que se les pregunta, que acepten las objeciones cuando son razonables y no simplemente con la finalidad de que se evite la respuesta a la pregunta.

En otras palabras, el árbitro debe saber cuándo es que debe intervenir para poner orden y para dirigir la audiencia ordenadamente.

Finalmente, el árbitro debe aprovechar la oportunidad de preguntar al testigo y así despejar las posibles dudas que él pueda tener del caso y que le hayan podido surgir de las respuestas dadas.

## 6. CONCLUSIONES

- 1) Es importante conocer la regulación sobre pruebas testimoniales y periciales y sobre pruebas en el arbitraje, alejadas de una connotación de reglamentación procesal y, más bien, reguladas por el *soft law*, que es absolutamente permitido bajo la Ley de Arbitraje.
- 2) Los interrogatorios deben ser efectuados siguiendo una técnica que permitan garantizar la defensa del caso que se sustenta. No hay una regla fija, pero sí una serie de recomendaciones que sirven para conducir apropiadamente o de mejor manera un interrogatorio.
- 3) Los árbitros deben estar debidamente preparados para conducir audiencias de pruebas en las que se lleven a cabo interrogatorios, a efectos de conocer la verdad material del caso y permitir a las partes ejercer plenamente su derecho de defensa.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS. *Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration*. 2019. Recuperado de

<<https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>>.

GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2011.

GRUPO DE TRABAJO DE LAS REGLAS DE PRAGA. *Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga)*. 2018. Recuperado de

<<https://praguerules.com/upload/medialibrary/91c/91c0846151802b375541460b34e6b663.pdf>>.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel y James A. GRAHAM, *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*. México D. F.: Limusa, 2009.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Inevitabilidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2008, n.º 7.



## CONFLICTIVIDAD SOCIAL EN EL PERÚ Y MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: ¿SE PUEDEN PREVENIR Y GESTIONAR?

*Omar Sumaria Benavente\**

Sumario: 1. Introducción: la gestión de los conflictos por los órganos del Estado: Defensoría del Pueblo y ONDS.— 2. La «institucionalización» del diálogo.— 3. La «visión estándar» de la resolución de conflictos y carencia de una teoría propia del conflicto.— 4. Comportamiento del Estado, la empresa y la sociedad civil en el contexto de la dinámica de los conflictos sociales en el Perú.— 5. Mecanismos de gestión de conflictos y conflictividad social. El ejemplo del caso Conga.— 5.1. Conflictos sociales y negociación.— 5.2. Conflictos sociales y mediación.— 5.3. Conflictos sociales y conciliación.— 5.4. Conflictos sociales y arbitraje.— 5.4.1. Resolver el conflicto de manera definitiva con efecto cosa juzgada. Punto de cierre del conflicto.— 5.4.2. Reducción del costo marginal de inducción procesal.— 5.4.3. Definición del contenido de las pretensiones.— 5.4.4. Costos.— 6. Referencias.

### 1. INTRODUCCIÓN: LA GESTIÓN DE LOS CONFLICTOS POR LOS ÓRGANOS DEL ESTADO: DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y ONDS

A raíz de los últimos eventos sociales, políticos y económicos que han tenido una escalada de violencia y una respuesta inadecuada del Estado, se advierte que existe un complejo y múltiple sistema para la prevención y gestión de los conflictos sociales, económicos y ambientales por parte del Estado que comprende a distintos órganos y diversos niveles.

Así, se tiene que:

- Desde el 2004, la Defensoría del Pueblo a través de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad y sus oficinas defensoriales y módulos de atención defensorial, despliega sus facultades de defensa y supervisión en las situaciones de conflicto que pueden generar lesiones a derechos fundamentales.
- Posteriormente, en el 2005, se creó la Oficina General de Gestión Social (OGGS) del Ministerio de Energía y Minas, cuya finalidad era promover relaciones armónicas entre las empresas, sociedad civil y Gobierno para la promoción de los proyectos mineros.
- En el 2006 se implementó la Oficina de Gestión de Conflictos Sociales a través de la PCM, con un rol facilitador y mediador para la creación de un espacio de diálogo.
- A inicios del 2012, la Autoridad Nacional del Agua (ANA) creó el Área de Hidrosolidaridad y Gobernanza Hídrica para prevenir y administrar potenciales controversias con relación a los recursos hídricos.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor AMAG. Secretario técnico de la Comisión Nacional de Implementación del Plan Estratégico Institucional (PEI) del Poder Judicial 2020-2030.

- En el 2012, el Ministerio del Ambiente creó el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles (Senace) para generar confianza en los procesos de certificación ambiental.
- Finalmente, en el 2012 la PCM creó la Oficina Nacional del Diálogo y Sostenibilidad (ONDS) con el propósito de institucionalizar y gestionar el diálogo.

Sin embargo, uno de los mayores problemas que presenta este complejo y enmarañado sistema del Estado para el abordaje del conflicto, sobre todo y en especial en los conflictos con implicancia social, es la falta de alineamiento del Estado y su incapacidad institucional y organizacional e involucramiento multiactor (Ore Ibarra, 2016, p. 31) que se encuentra ligada a la limitada capacidad de articular a nivel intersectorial del Estado entre sus mismos órganos y en distintos niveles.

Desde el año 1996, la Defensoría del Pueblo, como órgano constitucionalmente autónomo, ha venido realizando de forma pionera el trabajo de prevención y gestión de conflictos sociales y de la promoción del diálogo en el Perú y a partir del 2004, a través de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales, cuya función es contribuir a la solución pacífica de los conflictos sociales mediante la investigación de los problemas de fondo, acciones de monitoreo, análisis y gestión de conflictos sociales.

Por otro lado, la ONDS surge en el contexto marcado por el estallido de los conflictos sociales de Conga, en Cajamarca y Espinar en Cusco a finales del 2012, sobre la base de una nueva estrategia, con la reestructuración integral de la Oficina de Gestión de Conflictos Sociales de la PCM con el apoyo del PNUD y Cooperación Internacional con la pretensión de asumir un liderazgo proactivo y preventivo frente al escenario de la conflictividad (ONDS, 2014).

De esta forma, aparece un sistema bicéfalo en que dos instituciones son las encargadas de realizar el seguimiento de los conflictos sociales en el Perú por una parte la Defensoría del Pueblo y, por otra, la ex-ONDS. Sin embargo, lo primero que llama la atención es la diferencia entre la cantidad de conflictos reportados, viendo una diferencia abismal entre los señalados por la Defensoría del Pueblo en el orden de 205 (Defensoría del Pueblo, 2021) y la ONDS en la cantidad de 39 (SGSD, 2021).

Una de las principales controversias que se aprecian es la definición de conflicto para ambas instituciones. Los lineamientos aprobados en el 2011 por la PCM para la ONDS en la Resolución Ministerial n.º 161-2011-PCM define al conflicto como

[...] un proceso dinámico en el que dos o más partes interdependientes perciben que sus intereses se contraponen (metas incompatibles, escasez de recursos e interferencia de la otra parte para la consecución de sus metas y objetivos), adoptando acciones que pueden constituir una amenaza de gobernabilidad y/o el orden público, y para cuya resolución, se requiere la intervención del Estado en calidad de mediador, negociador o garante de derechos.

Por su parte la Defensoría del Pueblo define al conflicto como «un proceso complejo en el cual sectores de la sociedad, el Estado y las empresas perciben que sus objetivos, intereses, valores o necesidades son contradictorias y esa contradicción puede derivar en violencia» (Defensoría del Pueblo, 2017).

Si bien no se comparten dichas definiciones porque lejos de definir el conflicto como «una relación social con intereses incompatibles» (Entelman, 2002) y se refieren más bien a sus elementos estructurales, entre ellas no habría aparente diferencias sustanciales, sin embargo, tienen consecuencias contradictorias:

- La ONDS se centra en la gestión del Poder Ejecutivo, teniendo como fin el mantenimiento de la gobernabilidad democrática. Mientras que la intención de la Defensoría es tipo «garantista» hacia la protección de los derechos ciudadanos. Es decir, tendrían distinta perspectiva una de tipo objetiva y pública, por parte del Ejecutivo y otra subjetiva individual en

la Defensoría del Pueblo para la tutela de la protección de las personas. Esto explica la tipología de los conflictos, según al ONDS, por sectores económicos: agrario, minero, energético, etc. Mientras que la tipología de los conflictos para la Defensoría del Pueblo incluye todas las fases del conflicto.

- De otro lado, la Defensoría incluye en la clasificación de los conflictos a los denominados «latentes» o de «etapa temprana», aunque sin una definición técnica y precisa, y contiene tanto a los conflictos activos entre los cuales están aquellos que estando en crisis o resuelto una parte se encuentran en proceso de diálogo. En sentido contrario, para la ODNS, el conflicto se inicia con la «amenaza a la gobernabilidad o el orden público» colocando de esta forma a la violencia y crisis como elemento determinante del conflicto.
- Por otro lado, la clasificación de la ONDS se basa en «diferencias, controversias y conflictos sociales, que serían en realidad tres fases o etapas en el desarrollo del conflicto».
- Por el lado de la Defensoría del Pueblo también presenta una ambigüedad del término «socioambiental» cuyo concepto no colabora en identificar los verdaderos actores e intereses ni el origen, siendo un término tan amplio que va desde la falta de agua potable en una comunidad hasta el impacto de un proyecto minero.

En este aspecto, y de acuerdo con sus orígenes, el trabajo de la PCM está orientado hacia generar confianza al empresariado y por ello «reduce» el número de conflictos. No obstante, a través de las actividades de ambos organismos hay un capital importante de información, conocimiento y aprendizaje respecto los conflictos sociales y su abordaje, que se debe desarrollar paradójicamente a través de un diálogo entre ellos (que al parecer no hay) y se resuelva en mayores niveles de articulación interestatal.

## 2. LA «INSTITUCIONALIZACIÓN» DEL DIÁLOGO

Es por ello que la ONDS venía impulsando la creación del Sistema Nacional de Prevención y Gestión de Conflictos Sociales (SINAPREGCS) como un sistema coordinado y articulado con los diferentes niveles e instancias del Gobierno para garantizar la presencia del Estado en todo el territorio, bajo la visión del «transformación del conflicto» que apunta a convertir las tensiones sociales en oportunidades para la cohesión y el desarrollo, teniendo a la ONDS como el organismo articulador del diálogo desde el Estado.

No obstante, la visión del diálogo en el órgano del Poder Ejecutivo, ahora SGDS, es de carácter procedimental. Es decir, se interpreta como una etapa prenegociación o parte de la negociación, cuando la característica del diálogo es que «no tiene un fin en sí mismo» (Quiñonez, 2005, p. 29). De esta forma, la conformación de las mesas de diálogo se convierte en mesas de negociación y se aleja de su real función. Si el diálogo se configura como el ejercicio de la acción comunicativa, en términos de Bohn este no tiene agenda o un fin, solo la intención de generar nuevo conocimiento (Bohm, 1997).

En tal sentido, tal como señala Ormachea, «Para que el diálogo tenga la calidad de transformativo debe contribuir a la promoción de dinámicas de relacionamiento no violentas y constructivas, y tener como características esenciales ser sostenido y genuino» (Ormachea, 2014, p. 209), lo cual no sucede con las prácticas de los organismos del Estado que más evidencian «prácticas concretas de intervención en conflictos inconsistentes usando un discurso explícito a favor del diálogo, pero basándose en patrones subyacentes de interacción poco constructivos y profundamente arraigados, y en premisas conceptuales alejadas de lo que realmente significa un diálogo» (Caravedo, 2014, p. 85).

En otras palabras, en la actividad de los órganos del Estado frente al conflicto se desnaturaliza al diálogo, a través de las «mesas de diálogo institucionalizadas» (De la Puente Burlando, 2017) y pese

a su reiterada enunciación se usa como parte de una estrategia de negociación frente a un enfrentamiento o crisis orientada a suprimir el conflicto, en donde el diálogo se presenta como un espacio obligado o reiterativo y con efectos contraproducentes como la «fatiga por el diálogo» (Caravedo, 2014, p. 90), con una «participación cosmética», «uso de lenguajes técnicos y falta de acuerdo» y «metodologías excluyentes con reproducción de los factores de dominación» (De la Puente Burlando, 2017, pp. 11, 23, 33).

Estas perspectivas procedimentales del diálogo como mecanismo previo o parte de un mecanismo de resolución de conflictos están engarzadas en una visión estándar o tradicional de la resolución del conflicto, al cual lo configura como un mal o una situación que se debe evitar o resolver a la brevedad posible.

Para definir los elementos o un proceso de diálogo, primero se debe partir de una noción o concepto que defina dicho fenómeno como «Ejercicio de la acción comunicativa como derecho fundamental, a través de un proceso de comunicación bajo ciertas condiciones, pero en estricta libertad e igualdad de participación para producir nuevo conocimiento relacional», en tanto que el diálogo sería una expresión de la acción discursiva como base de los DD. FF., que en palabras de Habermas: «Solo pueden pretender validez las normas (en consecuencia también los acuerdos), que consiguen o podrían conseguir la aprobación de todos los afectados, como participantes de un discurso práctico» (Habermas, 1987), en consecuencia, a través del diálogo se permite el reconocimiento como personas de todos los seres capaces de comunicación.

Por ello, para definir el concepto «diálogo» se debería elaborar una propuesta «teoría», entendiendo a un conjunto de enunciados organizados sistemáticamente con tres niveles o contenidos: a) semánticos; b) sintácticos; y, c) informáticos (Mosterin, 2011, p. 152).

- a) *En el nivel semántico*, que se relaciona con la naturaleza del objeto y responde a la pregunta *¿qué es el diálogo?* Correspondería al ejercicio de la acción o ética discursiva como derecho fundamental, entendiendo por ella a la capacidad comunicativa del lenguaje como fundamento racional de la acción humana (Habermas, 1987).
- b) *En el nivel sintáctico*, que implican las reglas de juego o parámetros sobre los que se desarrolla y corresponde a la pregunta *¿cómo es el diálogo?* Se debe entender como un proceso de comunicación que se realiza en un espacio de juego en ciertas condiciones. Es un proceso de producción, distribución, intercambio y empleo de significados (Samaja, 2004) no como un sistema de dos polos opuestos, ni la superposición de ellos, sino adoptando la forma de una red con una multitud de puntos de interrelación, con una circulación y flujo de intercambio de mensajes e informaciones que se traduce en un banco de datos de infinitas informaciones posibles (Ost, 1993, p. 170).
- c) *En el nivel pragmático o informático*, que se enfoca en el producto o consecuencias en la realidad, respecto a *¿para qué sirve el diálogo?* Se resume en generar nuevo conocimiento relacional. Así, la acción humana es una obra abierta cuyo significado está en suspenso (Ricoeur, 2002, p. 181), y la construcción de ese significado se da a través del diálogo cuyo producto principal es un conocimiento relacional y no una memoria de registro que tiene ver directamente con el cambio de paradigma en la sociedad, que mira más hacia la gestión heurística de nuevos conocimientos, y la optimización de vivir en comunidad, en la interacción de entre la conjunción de los sujetos de conocimiento de distintos grados de diversificación, diferencia y complejidad (Brea, 2007, p. 13).

Las perspectivas procedimentales del diálogo como mecanismo previo o parte de un mecanismo de resolución de conflictos están engarzadas en una visión estándar o tradicional de la resolución del conflicto, al cual lo configura como un mal o una situación que se debe evitar o resolver a la brevedad posible. Nuevas propuestas, enfocadas más la visión de la gestión o transformación del conflicto lo redefinen como una «relación social» (Entelman, 2002) con la particularidad que en lugar de tener una



comunidad de intereses estos se encuentran en competencia, ya sea por ser similares u opuestos (Sumaria, 2021). De esta forma, la existencia o no del conflicto previo no es condición *sine qua non* para el desarrollo del diálogo, dado que el fin de este no es resolver un conflicto, sino generar nuevo conocimiento de forma relacional.

En ese sentido, para elaborar una propuesta de presupuestos o condiciones para el diálogo es preciso desmitificar ciertos presupuestos que no necesariamente tienen que ver con el mismo, sino, reiterando, lo traducen como un mecanismo de solución de conflictos.

En consecuencia, el enfoque que se propone para el desarrollo del diálogo se centra en la gestión de la información individual y en la administración del «saber hacer» en la gestión del conflicto, antes de que se fije un necesario mecanismo de resolución, a través de la gestión del proceso cognitivo que representa el conflicto con la determinación de indicadores basados en la arquitectura o estructura del conflicto, para almacenar el conocimiento tanto tácito como explícito, a efectos de permitir la circulación del conocimiento estratégico o el intercambio de información útil al sistema de decisiones de manera pertinente en tiempo y forma. No obstante, la falta del análisis previo de la relación de conflicto a través de diálogo en los organismos del Estado obedece a una carencia de una cultura para la gestión del conocimiento previo a la toma de decisiones estratégicas y operativas.

### 3. LA «VISIÓN ESTÁNDAR» DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y CARENCIA DE UNA TEORÍA PROPIA DEL CONFLICTO

Parte del problema en la gestión del conflicto se origina en la metodología y el marco teórico para el análisis del conflicto empleado por los organismos del Estado que presenta las siguientes falencias:

- a) Una visión estándar enfocada hacia la resolución del conflicto a través de una negociación forzada más que en la gestión, que convirtió al escenario idóneo para la exploración, determinación y estructuración de la relación de conflicto en una «mesa de diálogo» institucionalizada, de tipo asambleísta como fase de negociación.
- b) Una antitécnica definición del concepto actor que trajo como consecuencia la «universalización» del conflicto a través de la multiplicación de actores y, en consecuencia, multiplicación de intereses y posiciones.

De esta manera, el involucramiento de terceros al conflicto como supuestos actores, produciendo «situaciones conflictuales» como los conflictos desplazados, contingentes, latentes, ocultos o falaces, con la consiguiente dificultad para su gestión, teniendo en cuenta que solo las relaciones de conflicto verídicas o reales son posibles de gestión, es decir, cuando se ha determinado con precisión los actores, objetos y conciencia del conflicto.

Esta tipología y definición del conflicto originan «situaciones conflictuales» involucrando actores que en realidad son terceros, desplazando y volviendo contingente al conflicto. En este sentido, el efecto de vinculación con otros sujetos u otros temas que estarían o deberían estar fuera del conflicto (Entelman, 2002, pp. 134-143), diferenciándose así el actor con el tercero y su posición en el sistema conflictual, para así determinar posteriormente los intereses de los verdaderos actores, en lugar de multiplicarlos y universalizarlos, como sucede generalmente en el tratamiento de los conflictos sociales por los órganos del Estado.

Esto obedece, como ya se ha mencionado, al marco teórico para el análisis del conflicto que utilizan los órganos del Estado y que se desarrollan sobre las clásicas teorías sociológicas, combinando el marxismo, estructuralismo y funcionalismo, así como a la falta del análisis previo de la relación de conflicto, que se genera en una carencia de una cultura para la gestión del conocimiento previo a la toma de decisiones estratégicas y operativas.

Es por ello que en las últimas décadas, bajo distintas denominaciones han aparecido disciplinas que precisamente tienen como centro de estudio el análisis del conflicto bajo distintas formas como la resolución de conflictos, la gestión de conflictos y la transformación de conflictos, que no se centran en la «resolución de conflictos», visión que se orienta al carácter negativo del conflicto, sus consecuencias nocivas y la manera de eliminarlo de la forma más rápida posible, sino más bien a la transformación del conflicto que se enfoca en el carácter más positivo y utiliza como método el diálogo y la empatía que permiten dejar surgir soluciones creativas y cooperativas (Paris Albert, 2005, p. 25).

En este aspecto, en el ámbito de la resolución de conflictos no se puede prescindir de la idea de lo analítico como paso previo a la síntesis de informaciones que dan el sentido de cómo abordar la relación de conflicto (Redorta, 2016, p. 176). El «análisis del conflicto» comprende el sintetizar toda la información que se ha producido en la interacción para la comprensión de la disputa, en el cual el diálogo resulta una herramienta fundamental.

Por ello, actualmente, la idea de análisis ha ganado aceptación de tal manera que la perspectiva de la resolución de conflictos, orientada hacia el manejo y conocimiento de las técnicas de resolución, se ha ampliado al análisis y resolución de conflictos que implica el estudio previo, recolección de información e interpretación de datos en la relación conflictual previa a la elección de la herramienta de gestión del conflicto.

El análisis del conflicto importa, en consecuencia, un camino metodológico a seguir que implica: el análisis propiamente dicho, pronóstico y vías de intervención, convirtiéndose de esta manera al diálogo en una herramienta esencial para la gestión del conflicto. A ello se añaden, otras herramientas como la evaluación neutral experta externa, que implica un proceso que supera el denominado *fact finding*, que se refiere a la búsqueda de hechos, que es típico en un procedimiento judicial o administrativo que tiende a determinar los hechos relevantes para decidir una controversia, y se fundamenta más bien en un análisis detallado del conflicto, precisando sus fuentes, la explicación de procesos psicológicos o de otro tipo, precisión de metas y objetivos, recursos con que cuentan los actores y otros elementos que se presentan en la relación de conflicto, así como su dinámica y evolución.

De esta forma, el análisis del conflicto implica una fase previa que corresponde al momento de una evaluación neutral a cargo o no de un experto que potencia la posterior intervención y técnica elegida, que es el momento en donde se desarrolla el diálogo.

Actualmente, hay que entender el *conflicto* como un sistema complejo en la medida que se entretienen una multiplicidad de elementos, y adaptativo en cuanto tiene capacidad de cambiar y aprender de su propia experiencia. El *conflicto* es una realidad muy compleja de adaptación al entorno, una realidad de alta interacción, con altos niveles de impredecibilidad en su fase más aguda y con alta potencialidad de producir cambios positivos, dejando de ver solo el aspecto negativo del conflicto (Redorta, 2016, pp. 115-116).

Ahora bien, más recientemente, Entelman, en su preocupación por dar una definición de conflicto como objeto de estudio, propone una definición que abarque toda categoría de conflictos (personales, familiares, sociales, comerciales, internacionales) y lo define como una «relación social con objetos incompatibles», señalando que «el conflicto en general es una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí» (Entelman, 2002, p. 48) a la que se puede agregar que estos intereses se encuentran en competencia por ser similares u opuestos (Sumaria, 2021).

El concepto de «relación social» es, en consecuencia, el género próximo al conflicto. Lo que define al conflicto, dentro del género, es el objetivo que cada miembro de la relación social intenta alcanzar a través de conductas recíprocas, siendo una relación conflictual cuando sus objetivos sean incompatibles o percibidos, en términos de Redorta como incompatibles.

Al respecto, se debe advertir que el conflicto, al configurarse como relación social, adquiere una sustantividad propia y puede abarcar cualquier tipo de conflicto ya sea familiar, social, internacional, laboral o uno que no tenga solución jurídica, porque denota las características del género conflicto sin incluir las notas definitorias de la clase, especie o subespecie de conflicto (Entelman, 2002, p. 49).

Es por ello que en el análisis del conflicto desarrollado al amparo de las metodologías de los órganos de gobierno, ya sea Defensoría del Pueblo, con una visión garantista o de tutela de los derechos ciudadanos, o la PCM a través de la ONDS, con su enfoque de gobernabilidad, sobre la base de las teorías clásicas sociológicas del conflicto, hay una tendencia a la multiplicación y universalización de los actores, cual multiplicación de «panes y peces» sobre todo en el caso de conflictos socioambientales con aspectos de interculturalidad generando «situaciones» que aparentan conflictos, pero en realidad no constituyen la relación real de conflicto.

Al carecer de una teoría propia del conflicto, estas «situaciones de conflictos» se producen por errores de atribución o percepción de los sujetos o los objetos, que implican una incorrecta estructura en el análisis del conflicto, produciendo situaciones conflictuales como los conflictos desplazados, contingentes, latentes, ocultos o falaces, con la consiguiente dificultad para su gestión, teniendo en consideración que solo las relaciones de conflicto verdícas, es decir, cuando se ha determinado con precisión los actores, objetos y conciencia del conflicto son posibles de gestión.

Todos estos aspectos llevan a un nuevo campo de estudio que se viene denominando teoría del conflicto o, más recientemente, *conflictología* (Redorta, 2016, p. 42) que es una disciplina en ciernes y limitada por el momento, pero que está siguiendo un camino coherente en el que se van sumando conocimientos y estudios acerca del conflicto como centro de atención y no solo se limitan al estudio o práctica de los mecanismos para resolverlos. Como consecuencia de estos nuevos estudios hay una tendencia en la inversión del análisis del conflicto más en sus causas que en sus efectos, porque esta perspectiva de análisis basada solo en los efectos muchas veces generaba soluciones contradictorias y poco eficaces.

Así, la *conflictología*, que se entiende como la *ciencia del conflicto*, contiene los conceptos de cambio y transformación de la violencia o un problema. Este término acuñado inicialmente por Galtung define el perfil o identidad del conflicto en los siguientes elementos:

- El conflicto es crisis y oportunidad.
- El conflicto es un hecho natural, estructural y permanente en el ser humano.
- El conflicto es una situación de objetivos incompatibles.
- Los conflictos no se solucionan, se transforman.
- El conflicto implica una experiencia vital holística
- El conflicto como dimensión estructural de la relación.
- El conflicto como una forma de relación de poderes.

De esta manera, en Galtung está claro el principio que una teoría del conflicto no solo debe reconocer si los conflictos son buenos o malos, sino que debe ofrecer mecanismos para entenderlos lógicamente, criterios para analizarlos, así como metodologías (creatividad, empatía y no violencia) para transformarlos (Calderon Concha, 2009, p. 9).

Según Galtung una teoría de conflictos deberá abordar todas las realidades a través del *transnacionalismo* y la *transdisciplinariedad*, considerando que el conocimiento humano no puede estar separado en compartimentos que constituye la condición *multinivel* de la especie humana. En tal sentido, para

hablar de una *teoría de conflictos* como un campo científico interdisciplinar, la primera prueba que se tiene que superar, es la *unidisciplinariedad*. Esta significará en primer lugar la definición de un objeto de estudio, en este caso, el conflicto (Calderon Concha, 2009, p. 68).

De este perfil, autores posteriores como Redorta (Redorta, 2016), Entelman (Entelman, 2002), Vinyamata (Vinyamata, 2015) y otros desarrollarán una descripción de lo que es el conflicto, sus elementos, su contexto, en la denominada *conflictología* o teoría del conflicto.

Para Vinyamata, la *conflictología* trata de las situaciones definidas por el conflicto, por la crisis y por aquellos sistemas de ayuda, prevención y facilitación de soluciones desde diversos planteamientos, técnicas y sistemas. Esta disciplina designa a las ciencias del conflicto y de los métodos y técnicas de intervención que se derivan, siendo una disciplina abierta, integradora, dedicada a la observación, comprensión e intervención de los procesos conflictivos de cualquier tipo. Trabaja desde planteamientos internos y multidisciplinarios, y no pretende imponer ningún tipo de solución externa a las partes en conflicto. En este aspecto la gestión de los conflictos no tiene tanto la pretensión de resolverlo, sino más bien la contención o aprovechamiento de su capacidad de cambio. En dicho sentido, la *conflictología* es una ciencia orientada hacia su aplicabilidad directa mediante técnicas y estrategias de intervención concreta, y su ejercicio o puesta en práctica que se conoce como *resolución de conflictos* (Vinyamata, 2009, p. 11). Es decir, la *conflictología* o teoría del conflicto corresponde al análisis del conflicto, mientras que la resolución del conflicto a la aplicación de las técnicas o métodos para este fin.

En este aspecto, señala Redorta (Redorta, 2016, p. 42), que la *conflictología* o teoría del conflicto debe abordar todo el conocimiento general y específico respecto del conflicto a cualquier escala, desde el conflicto interpersonal como las discusiones de parejas, hasta el gran conflicto social internacional. Esta disciplina debe explicar desde las causas hasta la descripción de las formas de contender. Debe comprender desde sus efectos hasta la prevención o la presentación del ciclo de destrucción de este. Y debe ser capaz de delimitar de forma precisa su objeto de estudio e implicar de forma activa a las distintas disciplinas científicas, desde las ciencias sociales hasta las ciencias formales, lo que conllevaría la misión de esta nueva disciplina que tiene como base el estudio y análisis del conflicto como relación social a gestionar.

Hasta ahora, el campo del estudio del fenómeno del conflicto se ha orientado, en gran mayoría, dominio y presencia, a la formación de expertos prácticos en las técnicas y resolución de estos, pero sin base teórica y sin compromiso axiológico, es decir, se forman operadores del conflicto, pero sin teoría del conflicto y esto es precisamente lo que sucede con el marco teórico actual utilizado por los órganos del Estado sobre la base de teorías clásicas con una connotación negativa del conflicto y el afán de suprimir sus efectos de manera inmediata a través de un diálogo institucionalizado.

#### **4. COMPORTAMIENTO DEL ESTADO, LA EMPRESA Y LA SOCIEDAD CIVIL EN EL CONTEXTO DE LA DINÁMICA DE LOS CONFLICTOS SOCIALES EN EL PERÚ**

Tradicionalmente, dentro de las «teorías del conflicto social», concepto al que particularmente se presentan críticas, en tanto que como pretendida «teoría» no alcanzarían ese objetivo porque, por un lado, son muy generales como las teorías estructuralistas o funcionalistas que lo asimilan a categorías como la lucha, la competencia, etc., y definen *a priori* roles antagónicos; o, en otro extremo, tratando de ser más específicas descubren algún elemento del conflicto o lo refieren a sus fuentes. Al respecto, se debe advertir que el conflicto, al configurarse como «relación social con objetos incompatibles» (Sumaria, 2021, p. 203), adquiere una sustantividad propia y puede abarcar cualquier tipo de conflicto ya sea familiar, social, internacional, laboral o uno que no tenga solución jurídica, porque denota las características del género conflicto sin incluir las notas definitorias de la clase, especie o subespecie de conflicto (Entelman, 2002, p. 49).

En estas teorías del conflicto social los prejuicios y estereotipos han sido definidos desde la perspectiva sociológica como «una representación mental sobresimplificada de alguna categoría de

personas, institución o evento compartido por un amplio número de personas» (Tajfel y Forgas, 1981, p. 57, como se cita en Espinosa, Burga y Güimac, 2007, p. 303), y los prejuicios que serían una «carga efectiva negativa que puede ser dirigida directamente a un grupo como un todo o a un individuo por su pertenencia a ese grupo (Allport, 1954; Gardener, 1994; Strangor como se cita en Espinosa, Burga y Güimac, 2007, p. 303), enfocándose hacia su efecto, como argumento de defensa y justificación de supuestas situaciones de exclusión social que se traducen en el favoritismo endogrupal o la discriminación exogrupal (Montes Berge, 2008, p. 6).

Esta definiciones de los prejuicios y estereotipos como argumento de defensa o justificación de exclusión presenta errores lógicos, en tanto que, por ejemplo, en la perspectiva de Carnap (1950), reseñado por Bunge igualarían el grado de confirmación de una proposición con su probabilidad de existencia y esto conlleva a dos consecuencias fatales: la primera es que basta asignar una probabilidad *a priori* a una proposición para aceptarla o rechazarla cualesquiera que sean los resultados de las pruebas empíricas, y la segunda es que la probabilidad de las leyes universales resulta nula, precisamente, por valer (supuestamente) para una infinidad de casos (Bunge, 1980, p. 17). como precisamente sucede con los prejuicios o estereotipos cuando son usados como argumento de defensa o justificación de situaciones de exclusión en una construcción narrativa.

Y esto se presenta en afirmaciones como «los conflictos sociales derivan de la exclusión social en el Perú, suelen estar basados en motivos raciales, sociales, económicos y culturales, donde normalmente las víctimas del prejuicio y la discriminación son personas pobres de origen o rasgos andinos» (Espinosa y Pancorbo, II, p. 3).

Como indicaba Popper, esto parte del análisis inductivo que siempre es justificacionista y subjetivo, muy utilizado en la sociología y, por ende, en la psicología social, y el derecho constitucional, con la proliferación de creación de «principios», «valores» o categorías definidas *a priori* sin justificación empírica solo retórica, distinguiendo así entre la «crítica racional» y el «argumento racional», en tanto que la razón crítica nunca es concluyente y está abierta a la crítica, es conjetural; sin embargo

[...] el argumento justificador siempre retrocede a razones positivas, acaba llegando a razones que no pueden ser justificadas, como la dignidad, la libertad, el bien común, la exclusión social, etc., y lleva al argumento a una retrogresión infinita. Y, en esta situación, el justificacionista concluye, normalmente, que esas «presuposiciones últimas» deben estar, en algún sentido, más allá del argumento y no pueden ser criticadas. (Popper, 2011, pp. 59, 69)

En este aspecto crítico, tanto prejuicios como estereotipos, dentro de una teoría general del conflicto, vendrían a constituir errores de comprensión del conflicto entre una mala percepción y conciencia como elementos estructurales de la relación de conflicto, enfocándose más hacia su «función» que a su «justificación». De esta forma, los prejuicios y estereotipos constituyen elementos de una categoría más amplia denominada «sesgos o heurísticos cognitivos» que llevan a la creación de juicios y representaciones erróneas de la realidad, y que tienen especial trascendencia en el razonamiento para la toma de decisiones más que en la construcción del argumento.

En una teoría del conflicto general, la dinámica de interacción se refiere al proceso dinámico de la relación de conflicto que significa que esta se encuentra sujeta a la alteración de sus elementos, y en la medida que se desarrolla se cambian o modifican las percepciones y actitudes de los actores, influye en sus conductas futuras, nuevas tomas de decisiones estratégicas y usos de sus recursos de poder, con relación a la ampliación, separación, reducción, eliminación, acomodación o fusionan sus objetivos (Entelman, 2002, p. 173), en donde, los prejuicios y estereotipos se constituyen fuentes de error para comprensión del conflicto respecto a las conductas o atributos que los sujetos o actores interpretan respecto de la relación conflictual y de los otros actores.

Todo conflicto tiene una base cultural (Redorta, 2016, p. 154), entendiendo como cultura el conjunto de prácticas, valores y símbolos que tiene una comunidad en un determinado espacio y tiempo (Chase, 2011), en donde esta diferencia cultural también implica que la percepción de la vio-

lencia y la agresividad pueden ser interpretadas de diferentes formas y en distintos grados de intensidad. Por ello, las creencias, sistemas de valores e ideología también desempeñan un rol importante en la determinación de la realidad en el entorno del conflicto, en tanto que se configuran como ideas preconcebidas e internalizadas que amoldan la realidad a las estructuras mentales, y que resultan variadas entre los distintos sistemas de creencias.

Otro factor que lleva a una errónea percepción y conciencia del conflicto es el rol que cumplen las emociones. Esto es así porque las personas que están en conflicto presentan una serie de sentimientos de inseguridad, incapacidad, confusión, temor, ira, venganza, arrogancia y, en general, una ausencia de participación en la situación conflictiva que les conduce a centrarse en lo pasado, lo negativo y lo imposible, pensamientos que van acompañados de una dicotomía, inflexible, no receptiva y de autovaloración respecto del otro que les induce a no tener en cuenta su opinión, a centrarse en su postura y, muchas veces, tratar al otro con desprecio, desdén y, a veces, de forma inmisericorde, situación en la que la comunicación se convierte en imposible e inadecuada, y resulta complicado tener un entendimiento de la realidad (Bernal, 2006, p. 566).

Es por ello que el proceso de significación juega un rol importante para la comprensión del conflicto. Así, la realidad de primer orden sería la percepción directa, y la realidad de segundo orden se da cuando atribuimos sentido y valor a esa realidad, es decir, la percepción y la conciencia del conflicto. Lo que explica por qué unos mismos hechos pueden ser identificados como una ofensa o una broma, o una amenaza y una advertencia. Es ahí donde la comunicación juega un rol crítico, porque una cosa es lo que se piensa y otra lo que se manifiesta o expresa a través del lenguaje, en donde es relevante el tipo de lenguaje que se usa, el medio en el que se transmite el mensaje y la forma de recepción del interlocutor, así como la forma de interpretación y sentido que le otorga (Redorta, 2016, p. 158).

Por ello, en el análisis del comportamiento del Estado, empresas y sociedad en cuanto a la dinámica del conflicto, frente a la exclusión social, más que un enfoque sociológico argumentativo que justifique estas situaciones se debe orientar hacia la función de los sesgos o heurísticos cognitivos, en donde se encuentran los prejuicios y estereotipos que llevan a la inadecuada toma de decisión para la estrategia de gestión del conflicto.

De esta forma:

- a) *Con relación al Estado*, uno de los mayores problemas que presenta el complejo y enmarañado sistema del Estado para el abordaje del conflicto, sobre todo y en especial en los conflictos con implicancia social, es la falta de alineamiento del Estado y su incapacidad institucional y organizacional e involucramiento multiactor (Ore Ibarra, 2016) que se encuentra ligada a la limitada capacidad de articular a nivel intersectorial del Estado entre sus mismos órganos y en distintos niveles. Y, precisamente, esto fue lo que sucedió, por ejemplo, en el caso Congo en el que a través de una primera perspectiva basada en un enfoque legalista, el ejercicio del poder, adjudicación de derechos y reconciliación de intereses por parte de los órganos del Estado escaló el conflicto.

Esto tiene como origen y consecuencia que en el análisis de la relación de conflicto, la metodología empleada por los organismos del Estado tiene como perspectiva la visión estándar de la resolución del conflicto, basada en una teoría tradicional de teoría del conflicto social, estructuralista y funcionalista, y lo entienden como lucha o enfrentamiento en sentido negativo, y asignación *a priori* de roles antagónicos y, en ese sentido, se orientan hacia la gobernabilidad o tutela de derechos, y convierten al escenario para la exploración, determinación y estructuración de la relación de conflicto en una «mesa de diálogo» institucionalizada, de tipo asambleísta y como fase de negociación, generada en una antitécnica definición del concepto actor y que trae como consecuencia la «universalización» del conflicto a través de la multiplicación de actores y, por otro lado, el involucramiento de terceros en el conflicto

como actores, produciendo situaciones como los conflictos desplazados, contingentes, latentes, ocultos o falaces, con la consiguiente dificultad para su gestión, teniendo en consideración que solo las relaciones de conflicto verídicas, es decir, cuando se ha determinado con precisión los actores, objetos y conciencia del conflicto, son posibles de gestión.

En este sentido, la actuación del estado está plagada de sesgos heurísticos, pudiéndose concluir que sería el primer discriminador y provoca situaciones de exclusión para la gestión del conflicto.

- b) *En una segunda perspectiva, por parte de las empresas*, generalmente se basan sobre el enfoque transaccional de las relaciones, por la que se les otorga lo que solicitan los actores locales, pero sin reconstrucción de las relaciones de confianza, lo cual es fuente de escalamiento y diversificación del conflicto. El enfoque transaccional utilizado por las empresas no reconstruye las relaciones, por el contrario, crean falta de confianza, sobre la base de una contradicción de visiones, significados, ideologías, percepciones.

Para que funcione un enfoque transaccional uno de los presupuestos es la simetría (Barry, 2001) que implica que los esquemas de utilidad sean idénticos para los actores, entonces el resultado tiene que arrojar una utilidad igual. No obstante, esta simetría no es posible en los conflictos sociales en que los intereses son de distinto tipo entre los actores, porque mientras para la empresa son intereses concretos, para la comunidades son generalmente de contenido simbólico o valorativo, en donde se enfrentan dos perspectivas culturales distintas o universos culturales: el andino comunitario y el occidental economicista, con distintas formas de aprender el trabajo, de percibir el medio ambiente y el tiempo (Rodríguez Castillón, 2007).

El enfoque transaccional parte de una visión economicista de llegar a la frontera de Pareto. No obstante, en términos económicos, si bien resulta eficiente el estándar de Pareto, que implica que una situación P es superior a una situación Q si y solo si al moverse de P a Q no deja a ningún individuo peor que antes y hace por lo menos que una persona mejore, esto se hace imposible en la comparación de casi todos los cambios que ocurren en el mundo real, porque la mayoría situaciones se producen en términos absolutos de ganadores y perdedores.

Frente a esta situación, Kaldor-Hicks desarrolló la idea de «compensación potencial», que complementando el estándar de Pareto define que una situación será eficiente si de P a Q los ganadores pueden compensar a los perdedores. Este criterio de «compensación potencial», afirma Roemel, aunque atractivo para los analistas de la política y los abogados, ha sido rechazado por ciertos autores como es el caso de Buchanan, quien escribe que en la teoría de la elección pública se rechaza el uso de cualquier método de conciliación de políticas que implique la coerción de los perdedores por los ganadores. Por ello, a falta de compensación real, no habría nexo de intercambio ni resolución contractual (Roemer, 1998, p. 27).

Esta situación obedece a la existencia de una relación de intercambio entre el «bien público» y el «bien privado» y el cálculo maximizador de una pluralidad de personas, de donde se puede inferir que el grado de consideración hacia el respeto del «bien público» dependerá de los costes relativos que se surjan en el contexto institucional (Buchanan y Brennan, 1987, p. 188), situación que se presenta en los conflictos sociales debido al uso de bienes comunales cuando hay una inadecuada asignación de un bien o un recurso, falta de exigencia de precios adecuados para racionar su uso, sobreexplotación del recurso, y asignación ineficiente y falta de compensación directa a aquellos que genere un menor bienestar relativo (Benson, 2000).

Por tanto, desde esta segunda perspectiva, el comportamiento de las estrategias de las empresas también resulta discriminador y fuente de exclusión social al no tener una visión de la realidad conjunta, sino solo un enfoque economicista.



- c) *Finalmente, desde la perspectiva de la sociedad*, en la relación de conflicto, las creencias, sistemas de valores e ideología también desempeñan un rol importante, en tanto se configuran como ideas preconcebidas e internalizadas que amoldan la realidad a las estructuras mentales y que resultan variadas.

De esta manera, en un primer momento, la «visión de la realidad» entre los diferentes actores se construye de acuerdo con las propias experiencias y se condicionan sobre la base de (Calcaterra, 2003, p. 66):

- La ubicación o posicionamiento de cada uno de los actores que se autoasignan en referencia a los entornos geográficos y sociales geográficos y sociales que los rodean.
- Los referidos a las pautas y estilo de vida del actor o actores, así como de los grupos sociales con los que se identifican y pertenecen.
- La denominada «herencia» cultural, que implica las ideologías políticas, religiosas y prejuicios o sesgos de toda índole y cualquier sistema ideológico o material que condicione, consciente o inconscientemente, la conducta del actor.

Y en una segunda etapa para la percepción del conflicto por la sociedad, se encuentra referida al concepto «valor» o significado que atribuyen a los actos o conductas u objetos del conflicto, que está influenciado por el interés en el asunto, la necesidad la urgencia, la importancia el tipo de resultado esperado, la relación costo-beneficio y todo aquel sistema de medición respecto al asunto en controversia (Calcaterra, 2003, p. 67).

De esta situación se producen las siguientes distorsiones de la comprensión de la relación de conflicto (Rodríguez Castillón, 2007, p. 2007):

- 1) Falta de legitimidad y confianza en razón de que si bien las empresas pretenden tener legitimidad instrumental sobre la base de ofrecimientos y promesas de índole económico y modernización producto de la inversión, muy pronto esta apariencia se posterga o deteriora originando una «apariencia de engaño».
- 2) Contradicción entre la visión economicista-comercial de la empresa y la visión autárquica de la producción de la comunidad, que interpreta un enfrentamiento de una visión de la empresa en la acumulación de riquezas al menor tiempo frente al modo de producción tradicional con componentes religiosos respecto de la tierra, que se traduce en un objeto incompatible de contenido simbólico.
- 3) La oposición entre los medios de producción y enajenación del trabajo, que representa un ofrecimiento de cambio de lógica de producción de una comunidad propietaria de la tierra, y que desarrolla agricultura y ganadería, hacia un empleado sujeto al poder de la empresa para la actividad extractiva minera u otra, dejando de lado sus medios de vida tradicionales.
- 4) Distintos significados de la solidaridad e individualidad, una sociedad comunitaria se basa en el principio de solidaridad y ayuda mutua entre todos sus integrantes a través del concepto de familia extendida, donde el cambio de la lógica de producción también trae como consecuencia el cambio de valores, en tanto que en el trabajo dependiente se pierde el sentido de solidaridad por individualidad y se quiebra la «familia extendida» por la familia nuclear ajena a los problemas de los demás. Como ejemplo, para acceder al trabajo remunerado es considerado como ciudadano el que tiene DNI, mientras que en la comunidad pueden participar todos aquellos que cumplen con sus obligaciones comunitarias.
- 5) Finalmente, un enfrentamiento entre la «ideología del desarrollo» y la perspectiva o enfoque intercultural, que involucra en principio un reconocimiento y protección, pero que no se



agota así, sino que en el segundo enfoque implica no solo ello, sino la promoción y dar valor a la diversidad cultural.

Si bien estas situaciones son reales por parte de la sociedad civil, los «valores», «creencias», «ideologías» son sesgos muy fuertes para la comprensión del conflicto teniendo como consecuencia una reacción para generar formas de exclusión por los otros actores.

## **5. MECANISMOS DE GESTIÓN DE CONFLICTOS Y CONFLICTIVIDAD SOCIAL. EL EJEMPLO DEL CASO CONGA**

### **5.1. *Conflictos sociales y negociación***

El caso de Conga fue, en principio, producto de un conflicto de naturaleza ambiental originado en la denuncia a la empresa Yanacocha por los pobladores de usar las fuentes de agua de las comunidades campesinas, contaminando y afectando la producción agropecuaria. No obstante, pronto decantaron otros temas como la falta de confianza en el Estado y en la empresa, los distintos significados y motivaciones tras las acciones de los involucrados, los posibles cambios en los modos de producción económica y la consiguiente alienación del hombre respecto a su trabajo, el choque de los distintos tipos de solidaridad de los actores y sus instituciones, y la problemática de la comprensión de la «ideología del desarrollo» (Bolaños, 2013, p. 48), que lo convirtieron en un escenario de (des)encuentro cultural, escalamiento del conflicto, y una falta de alineación de intereses para una posible negociación.

Esta tipología y definición originan «situaciones conflictuales» involucrando actores que, en realidad, son terceros, desplazando y volviendo contingente al conflicto. En este sentido, el efecto de vinculación con otros sujetos u otros temas que estarían o deberían estar fuera del conflicto, entendiendo al conflicto como una situación de bipolaridad, genera la figura de los terceros que pueden sentirse atraídos al objeto o núcleo del conflicto ya sea para fomentar o disuadir el conflicto, o atraído hacia una de las partes como coadyuvante o protector pudiendo ser terceros imparciales, ventajistas, disuasores, beneficiarios (Entelman, 2002, pp. 134-143), diferenciándose el actor con el tercero y su posición en el sistema conflictual, para así determinar posteriormente los intereses de los verdaderos actores, en lugar de multiplicarlos y universalizarlos, situación totalmente contraria a lo que sucedió en Conga.

Esto obedece a la falta del análisis previo de la relación de conflicto en los organismos del Estado que se genera en una carencia de una cultura para la gestión del conocimiento previo a la toma de decisiones estratégicas y operativas.

No obstante, los objetivos de contenido simbólico-valorativo desplazaron el conflicto y lo convirtieron en contingente, complicando el escenario para una posible gestión.

En el caso de Conga se produjeron estas distorsiones generadas en (Rodríguez Castellón, 2007):

- a) Falta de legitimidad y confianza, en razón de que si bien la empresa Yanacocha pretendió tener legitimidad instrumental sobre la base de ofrecimientos y promesas de índole económico y modernización producto de la inversión, muy pronto se fue deteriorando debido a la «aparición de engaño» en la valorización y compra de los terrenos por debajo del valor real y en el posible impacto ambiental negativo que no había asegurado.
- b) Contradicción entre la visión economicista-comercial de la empresa y la visión autárquica de la producción de la comunidad que interpretó el enfrentamiento de una visión de la empresa en la acumulación de riquezas al menor tiempo frente al modo de producción tradicional con componentes religiosos respecto de la tierra, que se tradujo en un objeto incompatible de contenido simbólico.

- c) La oposición entre los medios de producción y enajenación del trabajo, que representó un ofrecimiento de cambio de lógica de producción de una comunidad propietaria de la tierra y que desarrolla agricultura y ganadería hacia un empleado sujeto al poder de la empresa para la actividad extractiva minera, dejando de lado sus medios de vida tradicionales.
- d) Distintos significados de la solidaridad e individualidad, una sociedad comunitaria se basa en el principio de solidaridad y ayuda mutua entre todos sus integrantes a través del concepto de familia extendida. El cambio de la lógica de producción también trajo como consecuencia el cambio de valores, en tanto que en el trabajo dependiente se pierde el sentido de solidaridad por individualidad, y se quiebra la «familia extendida» por la familia nuclear ajena a los problemas de los demás. Como ejemplo, para acceder al trabajo remunerado es considerado como ciudadano el que tiene DNI, mientras que en la comunidad pueden participar todos aquellos que cumplen con sus obligaciones comunitarias.

En consecuencia, se enfrentaron dos perspectivas culturales distintas o universos culturales, el andino comunitario y el occidental economicista, con distintas formas de aprender el trabajo, de percibir el medio ambiente y el tiempo.

En este sentido, «Conga no va» fue el resultado, en cuanto a la diferencia de perspectiva cultural en tres dimensiones del conflicto que se superponen, sobreponen o se excluyen entre sí, y que no fueron manejadas, comprendidas ni entendidas de manera integral y sistémica, que fueron:

- La presencia de una relación formal e «intracultural» entre el Estado, gobiernos regionales y locales con la empresa minera, en la que la comunidad era o se percibía ajena.
- Un conflicto intercultural latente y no visibilizado, en cuanto a la concepción del trabajo, valores, simbología del medio ambiente; y, no percibido o tomado en consideración por las autoridades ni la empresa.
- Un conflicto intercultural manifiesto y visible entre la lógica de producción economicista/comercial introducida por la empresa y la lógica de producción autóctona/de intercambio de la comunidad.

En conclusión, los intereses se convirtieron en posiciones, dicho en sentido más técnico: los objetos simbólico-valorativos desplazaron a los objetos concretos, dificultando un escenario de negociación.

La negociación sobre la base de intereses en lugar de posiciones implica determinar el conflicto de fondo, lo que subyace a la relación de conflicto y que tiene como fin determinar el objeto incompatible, entendiendo el conflicto como una relación intersubjetiva de intereses u objetos incompatibles (Entelman, 2002).

Para construir una plataforma de negociación en busca de una solución negociada se debe tener las condiciones siguientes (Barry, 2001, p. 25):

- a) La solución debería ser invariante respecto a las unidades en las que se mida la utilidad.
- b) Simetría: si los esquemas de utilidad de los jugadores son idénticos, entonces el resultado tiene que arrojar una utilidad igual.
- c) Independencia de las alternativas irrelevantes (o no factibles). Si la plataforma de negociación aumenta, la solución puede moverse legítimamente hacia un punto en la nueva área, pero no puede cambiar a otra diferente de los resultados que estaban originalmente a disposición. De manera inversa, al restringir la plataforma de negociación se puede remover el punto de la solución original si esta aún persiste.

Esto quiere decir que no se pueden mezclar los objetos concretos, simbólicos y valorativos, sino restarle valor al objeto (salir de posiciones), para que los sujetos en la relación conflictual estén hablando en objetos concretos (intereses) y así el intercambio o movidas de posición del punto de desacuerdo al punto de acuerdo genere una solución cooperativa gana-gana y no una solución suma cero. Por el contrario, al aumentar actores y multiplicar intereses, y esos intereses toman valor y se convierten en posiciones, se producen las alternativas irrelevantes que serían las «situaciones conflictuales» ya señaladas.

En este aspecto, una reformulación del sistema conflictual debe considerar como los principales actores involucrados en los conflictos derivados de la actividad minera a los gobiernos, las compañías mineras y las comunidades afectadas, pero en distintos niveles. Un primer nivel entre las empresas y las comunidades que se originan en temas vinculados al impacto ambiental, disputas sobre problemas territoriales, violaciones de derechos humanos y falta de cumplimiento de las políticas de responsabilidad social. Y, en otro nivel se encuentran los conflictos entre los distintos niveles de gobierno, particularmente entre el Gobierno central y los gobiernos y autoridades locales (Saade Hazin, 2013, p. 9) entre quienes oponen gobernabilidad o legitimidad, que pueden formar un sistema conflictual distinto o ser un subsistema conflictual interno.

En conclusión, en mérito a lo mencionado, la incorrecta identificación de los actores produce situaciones de conflictos desplazados, contingentes, mal atribuidos, latentes y falaces. Ello aplicado en el caso Conga implica una necesaria reestructuración para determinar una relación de conflicto verídica teniendo en consideración los siguientes presupuestos.

## **5.2. Conflictos sociales y mediación**

La incorrecta identificación de los actores en el caso de Conga produjo situaciones de conflictos desplazados, contingentes, mal atribuidos, latentes y falaces, que implica una necesaria reestructuración para determinar una relación de conflicto verídica y, una vez definida, recién se podría determinar los sujetos más competentes para actuar como posibles mediadores.

Estructurada la relación de conflicto e identificados plenamente los actores estos buscarán a través del tercero «obtener resultados que los actores racionales deberían alcanzar dadas sus ventajas y desventajas estratégicas respectivas» (Barry, 2001). Por ello, en segundo lugar, se debe generar las necesidades de acudir a un gestor o mediador haciendo comprender a los actores las posibles siguientes situaciones:

- a) Que todo proceso de negociación puede fracasar y las partes no lleguen a la frontera de Pareto. Esto implicaría que cualquier situación será ineficiente con el consiguiente perjuicio hacia los interesados mientras el conflicto permanezca.
- b) Que las partes pueden perder en su «credibilidad futura», volviendo a su oferta en «oferta final» irrevocable e incompatible (generar posiciones), permaneciendo en el punto de desacuerdo.
- c) Que las partes pueden reconocer que están en desacuerdo y tratar de implementar una solución negociada, sin embargo, cada uno por sí solo no podría implementarla (generar colaboración)

En estas tres situaciones se darán los incentivos para llamar a un tercero y proponga o determine la solución negociada.

En este momento se puede generar un primer sesgo psicológico con relación al tercero dependiendo de la amplitud del mandato otorgado por las partes. En tal aspecto, mientras más discrecional sea la extensión de los poderes del tercero estaría más tentado a alejarse de los valores de utilidad

proporcionados por las partes y establecer su «propia decisión» basada en una justicia de equidad y no en el reflejo de las ventajas de las partes en el proceso de negociación

Generalmente, los denominados MARC se mueven en el principio de justicia como garantía de ventaja mutua para los casos particulares. Sin embargo, en los conflictos sociales, se encuentra en el principio de justicia como imparcialidad. Ello tiene como consecuencia una doble perspectiva, la primera pone énfasis en el procedimiento de negociación, mientras que la segunda tiene la perspectiva del acuerdo o solución.

En esta situación de conflicto intersubjetivos individuales o justicia a pequeña escala, que se presentan ante el negociador, surgen dos problemas de orden práctico (Barry, 2001):

- 1) ¿No se debería hablar acerca de la justicia de las posiciones sociales antes que discutir la equidad de las decisiones particulares?
- 2) Sin embargo, ¿cómo se puede ignorar razonablemente el hecho de que los conflictos son tratados con reglas que cubren un conjunto de casos de un cierto tipo general en vez de decisiones singulares y particulares?

Estos problemas de orden práctico pueden crear en el negociador un segundo sesgo psicológico respecto del cuestionamiento sobre la equidad en la relación de la justicia a pequeña escala con la justicia de las instituciones que asignan posiciones sociales. Dicho de otra manera, se puede perturbar la perspectiva con la ampliación de la base del conflicto singular y su solución particular hacia la crítica a las reglas e instituciones.

En este aspecto, tal como se había señalado, en el proceso de negociación se pueden generar dos tipos de sesgos psicológicos en el mediador:

- a) Un primer sesgo psicológico con relación a la amplitud del mandato otorgado por las partes, que se podría denominar «sesgo de autoridad». En tal aspecto, mientras más discrecional sea la extensión de los poderes del tercero estaría más tentado a alejarse de los valores de utilidad proporcionados por las partes y establecer su «propia decisión» basada en una justicia de equidad y no en el reflejo de las ventajas de las partes en el proceso de negociación, que es lo que generalmente sucede en las «mesas de diálogo institucionalizadas».
- b) Un segundo sesgo psicológico respecto del cuestionamiento sobre la equidad en la relación de la justicia a pequeña escala con la justicia de las instituciones que asignan posiciones sociales que se podría llamar «sesgo político». Dicho de otra manera, se puede perturbar la perspectiva con la ampliación de la base del conflicto singular y su solución particular hacia la crítica a las reglas e instituciones, como cuando se encarga las mediaciones a instituciones como la Iglesia o la Defensoría del Pueblo.

Por ello, la primera conclusión es que un mediador adecuado para el caso Conga no debe tener o ser susceptible al «sesgo de autoridad» o al «sesgo político».

En, segundo lugar, desde el aspecto técnico, si el proceso de mediación implica un resultado justo que debería representar para ambas partes una «ganancia» sobre lo que habrían adquirido si el conflicto continuara. El gestor debe ser capaz estrictamente de, y evitando los sesgos antes dichos:

- a) Identificar y establecer el punto o puntos de desacuerdo.
- b) Tener la capacidad para establecer una prescripción para mover a las partes desde el punto de desacuerdo hacia un punto que preserva su ventaja relativa en el punto de desacuerdo, pero que está en el conjunto de los resultados «eficientes», en el sentido de que una parte no obtendría un mejor resultado sin que la otra obtuviera uno peor.

- c) Ser capaz de identificar y generar las motivaciones y razones de las partes para la movida hacia el punto de acuerdo.
- d) Crear un resultado que refleje en un primer momento el poder de negociación de las partes y una división justa del «excedente cooperativo».
- e) Por ello, la principal habilidad del tercero que actúa como gestor sería «simular los resultados de la negociación».

Y, en tercer lugar, para el caso específico debe tener una «visión de la realidad» entre los diferentes actores se construida con las propias experiencias de los actores (Calcaterra, 2003, p. 66).

### **5.3. Conflictos sociales y conciliación**

En el caso Conga en el que, a través de una primera perspectiva basada en un enfoque legalista, el ejercicio del poder, adjudicación de derechos y reconciliación de intereses por parte de los órganos del Estado, y en una segunda perspectiva, por parte de la empresa minera, sobre el enfoque transaccional de las relaciones por la que se les otorga lo que solicitan los actores locales, pero sin reconstrucción de las relaciones de confianza, originó que el conflicto escaló y se diversificó.

En este sentido, la elección de los mecanismos de solución de conflictos no solo se puede hacer desde un aspecto solo sociológico con relación al conflicto o un aspecto solo jurídico con relación al procedimiento institucional y la autoridad, porque ambas perspectivas resultan una visión parcial y segmentada, dado que los mecanismos de solución de conflictos son un «fenómeno total», como el resultado de un espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico (Lopez Ayllón, 1989).

De esta forma, los mecanismos de solución de conflictos son expresiones culturales que se dan en dos ejes: el vertical, que es el concepto de autoridad; y el horizontal, que es el concepto de sociedad. Entre el espacio que generan estos ejes se producen los mecanismos de solución de conflictos. Mientras mayor autoridad tenga el grupo social, los mecanismos de solución de conflictos serán más formales, estructurados, estrictos y menos flexibles. En la medida que prime la individualidad, la competencia entre integrarse y dividirse, los mecanismos de solución de conflictos serán más flexibles y menos autoritarios. Así, los mecanismos de solución de conflictos se forman o desarrollan en este espacio formado por lo jerárquico, la autoridad vertical y lo social u horizontal.

Pero lo que se hace para que un mecanismo se adecúe a un determinado contexto social es el eje transversal o cultural, que funciona como fuerza centrípeta y hace que el mecanismo de solución de conflicto no sea solo tipo jerárquico, de lo contrario tendríamos uno de tipo autoritario, uno donde quien imponga la solución no escuche a los actores y, por otro lado, tampoco vaya únicamente hacia la dimensión social, en el que finalmente podría desarrollarse el anarquismo y el renacimiento de las formas de autotutela, cuando prima la individualidad sobre la integración.

Ese factor cultural es el que produce que el mecanismo sea adecuado para el contexto social en el que se verifican dos funciones primordiales: la legitimidad externa e interna, es decir, la seguridad jurídica que da las soluciones del conflicto y la legitimidad social que tendrá ese mecanismo de solución de conflictos.

En este aspecto, la conciliación como mecanismo de gestión de conflictos con la presencia intensa de un tercero debe ocupar este espacio legítimo y legal, pero sobre todo cultural, para que con autoridad real y no solo formal pueda llegar a proponer una solución.

El primer supuesto es que la conciliación no nace de una ley o reglamento, no es la voluntad del Estado la que se transmite de manera mediata a través de la conciliación, sino es la voluntad de los sujetos que manifiesta de manera inmediata a través del diálogo directo en procura de llegar a un resultado en el que todos se sientan satisfechos y ninguno se sienta vencido.

En segundo lugar, hay cierta vocación por las definiciones y categorías, y se trata de encasillar estas soluciones negociadas en un procedimiento único cuando, en realidad, son el resultado de distintas intensidades y dinámicas originándose tal vez en una disputa, pero luego que disminuye la escalada se puede promover un arbitraje y, finalmente, en medio de él se podría llegar a una acuerdo o conciliación. Es decir, no es el método el que clasifica o define el nombre del acuerdo, sino el desarrollo de la dimensión dinámica del conflicto que va a estructurar las variables volitivas, cognitivas y afectivas, y determinarán el método o la combinación de métodos para llegar a una solución negociada o la imposibilidad de ella.

Y, finalmente, el tercer supuesto es separar definitivamente el concepto de «conflicto» y dejar de entenderlo como «disputa». Concibiendo al primero como una relación social con intereses en competencia, ya sea porque son opuestos o similares, estructurado en una doble dimensión estática y dinámica que identifica los elementos estructurales de esta relación en un primer momento: actores, conciencia, objeto, recursos de poder, terceros, y luego ve cómo estos elementos interactúan en tiempo e intensidad y determina las variables afectivas, cognitivas, y volitivas determinando si estamos ante un adversario o un enemigo, y si solo si, en la medida que entendamos esa relación social llamada conflicto se podrán ofrecer las estrategias para llegar a su solución negociada directa o a través de un tercero o resolución a través de la adjudicación de reglas de manera privada o a través del Estado.

Teniendo en claro estos supuestos, el primer paso en la conciliación es la reestructuración del diálogo. Si entendemos al conflicto como una relación social, pues ella se basa en la interacción intersubjetiva, es decir, la comunicación entre sujetos, y al hablar de comunicación no se refiere a los materialización verbal o escrita del lenguaje, sino a verificar que ambos se están escuchando mutua y recíprocamente tratando de buscar un interés común, tal vez distinto al interés en competencia sobre el que se reconstruya la base de la relación a través del diálogo.

Si no hay diálogo, no hay nada, no se puede construir un edificio sin base, y el primer objetivo es el diálogo y no el enfrentamiento. Es una actitud que se debe transmitir y compartir, no es una imposición, una fría reunión en la que estamos obligados a ir. François Ost (2005) indica que el derecho tiene cuatro tiempos el olvido y la promesa y, entre ellos, el perdón y la puesta en entredicho. No podemos colocar las soluciones negociadas en los extremos que son el olvido y la promesa, que son los escenarios en los cuales se formaliza el conflicto, ya sea anclados en el pasado o esperando un futuro, sino que se debe mover hacia el efectivo perdón en un caso o cuestionar el futuro contingente y aparente que se ofrece.

Restablecido el diálogo, siguiendo la metodología de Entelman (2002), se debe identificar a los actores, que son los sujetos que tienen el poder de toma decisión para continuar o finalizar la relación de conflicto. La mayoría de los análisis fallaron en la identificación de los actores en conflictos sociales, como en el caso de Bagua o el Tambo y Conga, con los resultados ya por todos conocidos, involucrando a terceros innecesariamente y ampliando la dimensión del conflicto.

Posteriormente, se debe definir la conciencia del conflicto, que implica un doble aspecto, la conciencia propiamente dicha, que es el conocimiento interno que tienen los sujetos que se encuentran en una relación de conflicto y la percepción que son los elementos externos que indican la existencia de una relación de conflicto. Si no se dan ambas dimensiones podemos encontrarnos en situaciones que pueden parecer relaciones conflictos, pero que en realidad no lo son porque atribuyen mal al sujeto o al objeto, como las situaciones del conflicto aparente, oculto, desplazado, contingente, irreal, etc.

Ubicados los actores y la conciencia del conflicto, se debe precisar el objeto del conflicto que se constituye el interés que se encuentra en competencia que puede ser concreto, cuando se trata de un bien tangible, o simbólico cuando a ese bien se le ha agregado un valor o trascendente cuando es el valor mismo el que se encuentra como objeto del conflicto, siendo la misión del negociador restarle valor al objeto, dado que entre más concreto puede ser menos complejo de resolver, y entre más trascendente puede devenir en la «guerra».

Finalmente, viene el análisis de los recursos de poder de los actores los cuales equilibrarán la balanza hacia uno o hacia otro lado, haciendo una revisión del catálogo de los recursos de poder, es decir, los medios con que cuenta cada sujeto, la posibilidad de reacción ante su uso y el costo del uso del recurso de poder.

Se debe tener en cuenta que la relación de conflicto conforma un sistema conflictual constituido por los sujetos y un núcleo que los une, y al que algunos terceros ajenos a la relación se sentirían atraídos ya sea al núcleo u objeto para resolverlo o disuadirlo, o para mantenerlo o hacia algunos de los sujetos para defenderlo o atacarlo, o terceros que eventualmente pueden ser indiferentes, pero que luego pueden sentirse atraídos al sistema conflictual, y quienes como sujetos también gozan de recursos de poder que pueden utilizarlos en beneficio o perjuicio de alguno de los sujetos.

Establecida así la dimensión estática del conflicto, como una fotografía de un escenario, se debe poner en movimiento para analizar la escalada de acuerdo al tiempo de duración del conflicto y la intensidad del uso de los recursos de poder, y podrá hacerse el análisis cognitivo, es decir, qué comprensión tienen los sujetos de la relación de conflicto, el análisis afectivo, qué sensación tienen hacia los otros sujetos, si lo ven como enemigo o como adversario, y el análisis volitivo que explica qué actos se están realizando, de hostilidad o amistad.

Recién teniendo este análisis es que se puede proponer un medio o mecanismo de solución negociada.

Pues bien, los mecanismos de soluciones negociadas, en la forma o etiqueta que se le quiera poner, se mueven este escenario, ausencia de formas, ausencia de autoridad formal, sino una autoridad real (confianza) y, sobre todo, libertad e individualidad de los sujetos.

En las soluciones negociadas no hay una sola respuesta correcta, sino que hay varias respuestas satisfactorias que se mueven en el campo del margen de utilidad de reserva de los sujetos que pueden sacrificar sin perder el interés personal y se pueden encontrar en varios puntos, dependiendo del negociador el desplazamiento para la búsqueda de la solución negociada del punto de acuerdo con el punto de desacuerdo.

Entonces, en principio, para desempeñar un rol de conciliador no se debe constar autoridad formal, sino una autoridad real (confianza) y, sobre todo, libertad e individualidad de los sujetos en su elección, con una visión de la realidad, imparcial y que pueda generar el diálogo, la interacción, y construcción de soluciones cooperativas.

La conciliación como mecanismo de gestión de conflictos se enfoca hacia una función autocompositiva, cuya finalidad en general será la *determinación del objeto del conflicto*, y en su caso, la *posibilidad de excluir al conflicto del proceso* formal a través de una solución negociada o cooperativa. Esta función autocompositiva por desarrollar en la conciliación pone de relieve una nueva forma de entenderla en el campo de estudio y análisis del denominado *conflict management* como modelo integrado de gestión y resolución del conflicto.

En esta perspectiva, la función autocompositiva tiene como fin principal el análisis del conflicto con tres propósitos principales:

- a) Un primer propósito que será la determinación de la estructura de la relación de conflicto, a través de la descripción de los elementos del conflicto, vistos en una doble perspectiva: una dimensión estática y una dimensión dinámica.
- b) Un segundo propósito que comprende la elección de la estrategia más adecuada para la gestión del conflicto, luego de haberse determinado la estructura del conflicto.

- c) Finalmente, un tercer propósito compuesto por el desarrollo del proceso comunicativo para obtener una solución negociada o cooperativa, que implica la construcción de la plataforma de negociación y la generación de incentivos, metas, condiciones para el movimiento de los sujetos involucrados en el conflicto de los puntos de desacuerdo hacia algún punto de acuerdo.

Estos propósitos para cumplir de la función autocompositiva se enfocan en dos objetivos claves:

- Primero, la necesidad de un análisis particular del conflicto en el caso concreto, previo a la elección del mecanismo de gestión.
- Segundo, la necesidad de una concepción general de un nuevo paradigma para el análisis del conflicto.

El objetivo general del *conflict management* aplicado a la función autocompositiva en la Conciliación será construir un modelo de sistema de decisiones para el caso de la gestión del conflicto, basado en la filosofía de la gestión del conocimiento que permita almacenar y procesar la información sobre la experiencia empírica y observable que es el conflicto y la ejecución de las conductas recíprocas con intereses en competencia, que sirva al mismo tiempo, para propiciar el intercambio de información al interior y exterior del sistema conflictual, identificando intereses y necesidades similares, la interrelación e influencia de las decisiones anteriores y las decisiones futuras.

En tal sentido, los objetivos específicos del modelo multidimensional de análisis del conflicto comprenderán:

- a) Analizar el sistema de decisiones en la relación de conflicto.
- b) Identificar los centros de decisión que afectan las diferentes funciones de la modelación estática y dinámica del sistema de decisiones.
- c) Desarrollar el modelo estático del sistema de decisiones de la relación de conflicto.
- d) Elaborar el modelo dinámico del sistema de decisiones de la relación de conflicto.

Esta configuración del análisis multidimensional de la relación de conflicto a su vez permitirá como objetivos subyacentes:

- Contar con un modelo de gestión de conflictos que permita visualizar la relación intrínseca de la toma de decisiones.
- Contar un modelo de gestión de conflictos que facilite la medición o probabilidad del efecto de la toma de decisiones en la relación de conflicto.
- Fomentar la elaboración de modelos estáticos y dinámicos en el análisis del conflicto ya sea en mecanismos formales o informales.
- Apoyar en el desarrollo de un sistema de información sobre la toma de decisiones en el contexto de la gestión del conocimiento para el análisis del conflicto.
- En este sentido, introduce el concepto de *acercamiento a la realidad conflictiva de manera estimativa* (Redorta, 2016, p. 114), que corresponde al cálculo de probabilidades que un sistema conflictual evolucione de tal o cual manera, debiendo establecer las condiciones iniciales del



evento (análisis de los elementos estructurales de la relación de conflicto o dimensión estática) y las leyes que rigen al mismo, estableciendo los patrones de conducta producto de la interacción de sus elementos que corresponde a la dimensión dinámica del conflicto.

En conclusión, el enfoque sistémico aplicado al conflicto obedece a ver al mismo no solo como un enfrentamiento de intereses, sino todo un conjunto de elementos que lo circundan e interactúan entre sí, con reacciones simultáneas ante el movimiento de cada uno de ellos, conformado por un núcleo y unos sujetos, unidos por una fuerza que es el *magnetismo conflictual*, altamente cambiante y adaptable que permita (Mulholland, 2003, p. 268):

- Adaptar la conversación o diálogo a un propósito práctico.
- Producir un acuerdo entre puntos de vista divergentes.
- Introducir nuevas ideas y rechazar las existentes sin poner en riesgo la imagen de los demás.
- Distribuir tareas y responsabilidades.
- Establecer prioridades y categorías entre las sugerencias y opiniones.

Por otro lado, la mala elección del conciliador o la equivocación de su rol, la falta de autoridad real y solo enfocado en la autoridad formal, la elección forzada, y un inadecuado proceso de comunicación puede generar las siguientes distorsiones según Moore (Moore, 1995, p. 206):

- a) Producir o mantener emociones intensas no conciliables.
- b) *Reestimulación* o transferencia negativa generando sentimiento de degrado hacia la otra parte sin base objetiva.
- c) Las percepciones erróneas o estereotipos de las partes.
- d) Los problemas de legitimidad.
- e) La falta de confianza.
- f) La mala comunicación, que a su vez implica:
  - Falta de determinación de lo que se comunica.
  - Falta de determinación del modo en que se comunica.
  - Falta de determinación de a quién se comunica.
  - Falta de determinación de quién comunica.
  - Falta de determinación del momento en que se comunica.
  - Falta de determinación del lugar en que se comunica.
  - Falta de capacidad de los operadores para emitir y recibir mensajes.

Con lo que el conflicto o bien permanece o se agrava, pero no se gestiona.

#### 5.4. *Conflictos sociales y arbitraje*

Generalmente, «se vincula al arbitraje con cierta concepción del mundo, asociado con el progreso y la democracia, la soberanía de la razón y la existencia de un derecho universal superior a los derechos de los Estados, y lo presenta en oposición a la filosofía de las fuerzas del instinto, al determinismo histórico y una visión conflictualista de la sociedad» (Oppetit, 2006, p. 28).

Desde otra perspectiva, la expansión de las relaciones comerciales en este escenario global constituye una nueva jurisdicción sin Estado a través mecanismos alternos de solución de conflictos como el arbitraje o la negociación con reglas más flexibles y con un objetivo más finalista enfocado en el restablecimiento de la relación y menos contenido simbólico no siendo su finalidad la afirmación de la soberanía y autoridad del Estado.

Sin embargo, Nieva-Fenoll (2016, p. 13) pone en tela juicio las bondades de los MARC afirmando su crítica, entre otros aspectos, en el decepcionante origen de la cultura del pacto y el aprovechamiento de los poderes públicos. En resumen, menciona que no se puede hablar del desarrollo del arbitraje en una supuesta generación de una «cultura del pacto» del mundo anglosajón, ni una mayor facilidad para resolver los conflictos, sino que «simplemente, los defectos del sistema judicial estadounidense que han favorecido que sea así». En segundo lugar, indica respecto del «aprovechamiento de los poderes públicos y el desprecio por el justiciable» esa tendencia anglosajona de los ADR llega a Europa de manera distorsionada siendo aprovechada contradictoriamente por los poderes públicos que financian el sistema de justicia y solo están interesados en reducir la carga procesal (Nieva-Fenoll, 2016), pero no se afronta el problema central que es la insuficiente estructura judicial traduciéndose en un estado de abandono y desinversión inaceptables para el mantenimiento del Poder Judicial.

Esta ineficiencia del Poder Judicial provocada por el mismo poder público sucumbe ante una propaganda de promoción de los ADR aprovechándose de las emociones positivas que produce el adjetivo «alternativo», remitiendo a los justiciables a organismos de arbitraje y mediación, bajo la extensión de la «cultura de paz» que en realidad beneficia a los profesionales del derecho, utilizando a los ADR como «globo sonda» para distraer los males de la justicia.

De esta forma, en la elección de un sistema formal de adjudicación de derechos hay distintas explicaciones. En principio, desde la perspectiva económica, tenemos un mercado de leyes y uno de contratos y crear un intérprete para cada conflicto en la interpretación de las leyes a los contratos es muy costoso. Por ello, los Estados apuestan por sistemas formales concentrados de solución de conflictos, como el Poder Judicial para de esa manera tener previsibilidad y seguridad jurídica en la interpretación. Pero esos sistemas son subvencionados por el mismo Estado y la justicia debería ser un bien bueno y barato, y esto provoca que el Poder Judicial se sature, es por ello por lo que nacen estos sistemas privados de solución de conflictos como el arbitraje (Sumaria, 2018).

Por ello, la decisión de si un Estado prefiere un sistema particular de adjudicación de derecho tipo arbitraje o un sistema concentrado de adjudicación de derecho tipo Poder Judicial responde a una decisión política, económica y cultural, en tanto que entre más compleja y grande sea la sociedad es menos costoso un órgano centralizado que cumpla la función de restablecer la relación entre el mercado de las normas y el mercado de las relaciones sociales, disminuyendo los costos de transacción tanto en la conformación de este órgano predeterminado como a través de la previsibilidad de las reglas de juego y la previsibilidad de los fallos (Cooter y Ulen, 1999, p. 516).

Por ello, más allá de frases retóricas, y desde un punto de vista racional, Barry se preguntaba respecto del sentido de tener un árbitro e indica que, en principio, sería la persecución por las partes de mantener una ventaja individual en donde la división propuesta como justa por el árbitro correspondería al resultado de una negociación «racional» (Barry, 2001, p. 39). En consecuencia, en principio el rol del árbitro sería «simular los resultados de la negociación» (Barry, 2001, p. 26).

En este sentido, las intenciones de las partes a través del tercero serán «obtener resultados que los actores racionales deberían alcanzar dadas sus ventajas y desventajas estratégicas respectivas» (Barry, 2001, p. 26), es decir, establecer una solución negociada. En dicho aspecto, las necesidades de acudir a un tercero decisor se originarían en las siguientes situaciones:

- a) En la relación de conflicto puede suceder que el proceso de negociación fracase y las partes no lleguen a la frontera de Pareto. Esto implica que cualquier situación será ineficiente con el consiguiente perjuicio hacia los interesados mientras el conflicto permanezca.
- b) Las partes pueden perder en su «credibilidad futura», volviendo a su oferta en «oferta final» irrevocable e incompatible, permaneciendo en el punto de desacuerdo.
- c) Las partes pueden reconocer que están en desacuerdo y tratar de implementar una solución negociada, sin embargo, cada uno por sí solo no podría implementarla.

En estas tres situaciones, se dará los incentivos para llamar a un tercero y proponga o determine la solución negociada, la cual tendrá distinta intensidad:

- a) Concordar según la solución negociada y llamar a un tercero para aplicarla.
- b) Concordar en que el resultado debería reflejar la fuerza de negociación relativa y llamar a un tercero con instrucciones para aproximarse a los resultados de la negociación.
- c) Concordar en el llamado al tercero sin ningún límite específico en cuanto a su discrecionalidad.

Así, en principio, la necesidad del arbitraje se desprende de que en la vida real un proceso de negociación directa entre las partes fracase y nunca lleguen a la frontera de Pareto.

Pero en el caso de los conflictos sociales, la situación obedece a la existencia de una relación de intercambio entre el «bien público» y el «bien privado» y en el cálculo maximizador de una pluralidad de personas, de donde se puede inferir que el grado de consideración hacia el respeto del «bien público» dependerá de los costes relativos que se surjan en el contexto institucional (Buchanan y Brennan, 1987, p. 188), situación que se presenta en los conflictos sociales debido al uso de bienes comunales cuando hay una inadecuada asignación de un bien o un recurso, falta de exigencia de precios adecuados para racionar su uso, sobreexplotación del recurso y asignación ineficiente y falta de compensación directa a aquellos que se genere un menor bienestar relativo (Benson, 2000, p. 115).

En dicho aspecto, el orden de que método será el mejor dependerá de la relación entre las partes, el tipo de controversia y los costos de diferentes alternativas (Chase, 2011, p. 29).

Teniendo en consideración estos supuestos, dos motivaciones para ir a un arbitraje en un conflicto social como en Conga serían las siguientes.

#### ***5.4.1. Resolver el conflicto de manera definitiva con efecto cosa juzgada. Punto de cierre del conflicto***

El sistema centralizado en el Estado de solución de conflictos, como el proceso jurisdiccional, tiende a la congestión y saturación, con lo que finalmente se vuelve más costoso que un sistema privado de solución de conflictos como el arbitraje, en el que el árbitro tiene una relación específica en el conflicto, mientras que el juez predeterminado por el Estado tiene una relación genérica con todos los casos que son puestos bajo su responsabilidad, produciendo así una ventaja comparativa del árbitro en cuanto a la reducción de incertidumbre acerca de su actitud frente al caso, estableciendo, adicionalmente, un principio de clausura que garantiza el cierre de la controversia frente a las múltiples

revisiones que pueden suceder en el sistema estatal que extienden el tiempo en el proceso y aumenta la incertidumbre (Barragan, 2009, p. 133).

El arbitraje surge, entonces, como el camino alternativo a la vista de costos e incertidumbre que acompañan la solución contenciosa, que con la misma estructura lógica y mecánica del procedimiento contencioso se le incorporan dos momentos en que las partes juegan papeles o funciones decisivas que son el momento de selección del árbitro, quien cumplirá el papel de juez y el establecimiento de las reglas de juego y un segundo momento en el que las partes se comprometen a aceptar la solución que el árbitro produzca.

#### **5.4.2. Reducción del costo marginal de inducción procesal**

En un proceso judicial los litigantes no solo pagan el costo total de los servicios de los tribunales, sino que tampoco pagan el costo de los recursos privados consumidos como gastos de la contraparte, tiempo empleado que muchas veces puede resultar más gravoso que los gastos legales directos, prolongado el caso por mucho tiempo. De esta manera, el proceso legal crea los incentivos «perversos» en que los demandantes promueven causas problemáticas y desincentiva aquellas causas «sólidas», aunque los recursos y ganancias previstas sean escasos, y el demandado, responsable.

A esta situación se le denomina «daño marginal de inducción procesal» que se genera desde el momento inicial de la actividad jurisdiccional, en razón de que el acreedor-demandante se ve obligado de acudir al sistema jurisdiccional ante la falta de cooperación del deudor-demandado, y dado que esta actividad no es inmediata. El daño marginal de inducción procesal se caracteriza «por ser una consecuencia directa e inmediata de la simple permanencia, durante el tiempo correspondiente al desarrollo del proceso, del estado de insatisfacción del derecho o de la concreta situación lesiva existente desde el inicio del proceso» (Andolina, 2008, p. 32).

De esta forma, el «daño marginal» se incrementa por cada unidad de tiempo que demora el proceso y se produce a consecuencia de que la situación inicial respecto del bien jurídico lesionado nunca será la misma que la situación respecto de este bien jurídico en el momento final del proceso. Este daño es distinto del que se produce por la pérdida del bien o la disminución de su valor para los cuales existen los mecanismos clásicos de resarcimiento o reparación como la indemnización o el pago de intereses.

Si se quisiera hacer un símil con algún término económico este «daño marginal de inducción de procesal» sería el equivalente del «costo de oportunidad» que se entiende como «el sacrificio que se incurre al tomar una decisión. Siempre que esta se vea sujeta a dos opciones, lo cual una de ellas debe cumplirse» con relación a «la utilidad máxima que podría haberse obtenido de la inversión en cualquiera de sus usos alternativos».

En tal sentido, el arbitraje por su naturaleza contractual, voluntaria, flexibilidad, y punto de cierre más pronto reduce el costo marginal de inducción procesal.

No obstante, las contingencias de someter a arbitraje un conflicto social serían las siguientes.

#### **5.4.3. Definición del contenido de las pretensiones**

Así como los juegos, a pesar de ser parecidos, tienen distintas lógicas, en igual sentido, el proceso judicial y la negociación, conciliación o mediación presentan distintas lógicas, a pesar de una supuesta apariencia. El proceso el proceso judicial, así como el arbitraje, es un juego suma cero, con un ganador y un perdedor, de acuerdo con la adjudicación de la regla que hace el juez o árbitro sobre los hechos probados y, por ello, exige la imparcialidad del tercero. Mientras que, en la conciliación o negociación se utilizan de manera cooperativa las estrategias para llegar a soluciones en las que se distribuya el

exceso de utilidad, donde es el propio interés del jugador quien define las jugadas, por ello el mediador o conciliador no necesita ni siquiera ser imparcial.

En igual sentido, los momentos en que actúa el proceso judicial y el arbitraje frente a la negociación y conciliación son distintos y representan distintas aptitudes y actitudes de quien los dirige. El arbitraje se mueve en un escenario intermedio, en tanto que el árbitro es un adjudicador de derecho, pero puede y debe promover la autocomposición si es posible.

Narra Lee Bailey (1995, p. 18), con relación a la estructura de las controversias, aprecia que el mediador o conciliador o negociador busca los hechos de los cuales se origina la controversia para negociar con las partes, mientras que el juez y el árbitro actúan como adjudicadores de reglas. En dicho aspecto, la instancia negocial se produce cuando no hay necesidad de ir al proceso formal ya sea por suficiente información o por carecer de información, dado que un jugador racional no iría al proceso sin la suficiente información, creando incentivos para negociar en lugar de ir al proceso.

No obstante, puede suceder que cuando el juez concilia o actúa como mediador, más bien genera incentivos perversos para ir al proceso, estando que el jugador que parte en situación de desventaja prolonga el daño y prescinde de la instancia negocial reteniendo indebidamente el bien o incumpliendo la obligación, estando que dentro del mismo proceso se puede producir la negociación. Por ello, en el mundo anglosajón, la mediación funciona porque crea incentivos para no ir al proceso, pero en un sistema que incluye una instancia negocial intraprocesal a cargo del juez, contradictoriamente, crea incentivos para no ir a una negociación extraprocesal y más bien ir al proceso, incrementando la carga procesal.

En este aspecto refiere Lee Bailey (1995, p. 13) que los mediadores rinden un valioso servicio a las partes en disputa simplemente manteniéndolas fuera del tribunal, ya que los litigios, una vez que se entablan, son largos y costosos. Si la disputa no termina con un arreglo y se promueve un litigio, la mediación no termina y, excepto raros casos, continúa en el curso del litigio e incluso en la apelación, a cargo del mediador, no del mismo juez. Solo cuando la mediación falla, el último remedio es el litigio o de manera voluntaria el arbitraje.

En este aspecto, el mayor problema procesal que representa el caso de Conga y en los conflictos sociales es la determinación de las pretensiones procesales. Si bien existe divergencia en cuanto al contenido de la pretensión procesal, por ejemplo, para Montero Aroca (1997, p. 88) es aquel tema o asunto jurídico fundamental sobre el que el actor pide la sentencia del juez, previa contradicción del demandado; y, en otro sentido, para De la Oliva (2005, p. 28) consiste en lo que hay que solventar en el proceso, porque es aquello que está o se pone ante el Tribunal en «tela de juicio», es decir, la pretensión concreta de tutela jurisdiccional a través de una sentencia con un determinado contenido. Finalmente, para Barrios de Angelis (2005, p. 61) se debe analizar desde distintas perspectivas hallando un objeto existencial, un objeto esencial, u objeto económico y un objeto de cognición o gnoseológico del proceso siendo este la correspondiente pretensión procesal.

En todo caso, el debate en el arbitraje es de contenido jurídico procesal de forma, sobre posiciones de demandante y demandado, y ya no de fondo o de intereses. Así, en primer lugar, desde la perspectiva del derecho minero y del derecho ambiental se aprecia que existe una concesión minera otorgada, un estudio de impacto ambiental aprobado, los permisos o licencias de uso agua aprobados, el terreno superficial obtenido mediante compraventa o servidumbre (Sisniegas Rodríguez, 2016). Luego, la posibilidad de la revisión de dichos títulos o actos jurídicos correspondería a la instancia contenciosa administrativa y, posteriormente, a la instancia contencioso-administrativa en el Poder Judicial sustrayéndose a un posible arbitraje.

Por otro lado, respecto de la actividad administrativa en la concesión de los derechos y títulos antes mencionados, habría que analizar la posibilidad si vía arbitral se puede revisar si la actuación del MEM podía promover la inversión minera sin defender el medio ambiente, o que actúe sin conocimiento de la realidad solo como un mero trámite administrativo; la imparcialidad de la consultora que

realizó el EIA si fue pagado por la empresa minera; la determinación del área de influencia, la posibilidad que poblaciones mineras afectadas queden fuera del área de influencia directa o indirecta. En todas estas posibilidades, estamos ante derechos fundamentales y, por tanto, irrenunciables, inalienables y, por ello, también se sustraen a la materia arbitral, sino que se encuentra bajo el control constitucional.

#### 5.4.4. Costos

Otro problema que se presenta en el arbitraje serían los altos costos no solo del tribunal arbitral, ya sea institucional o *ad hoc*, si es que se llegan a precisar las pretensiones, las cuales pueden ser inapreciables en dinero, sino de los abogados especializados no solo en materia arbitral, sino ambiental, minero, administrativo con que se debería contar por cada parte. Y si bien podría haber un pago en subrogación por una sola de las partes, a cargo de la que tenga mayor poder económico, esta situación podría perturbar la impresión de imparcialidad.

## 6. REFERENCIAS

- ANDOLINA, I. (2008). *Cognición y ejecución forzada en el sistema de la tutela jurisdiccional*. (J. Monroy Palacios, Trad.). Communitas: Lima.
- BARRAGÁN, J. (2008). *Informática y decisión jurídica*. México D. F.: Fontamara.
- BARRAGAN, J. (2009). *Estrategias y derecho*. México D. F.: Ediciones Miguel Angel Porrúa.
- BARRIOS DE ANGELIS, D. (2005). *Teoría del proceso* (segunda edición). Montevideo: Bdf.
- BARRY, B. (2001). *Teorías de la justicia*. (C. Hidalgo, Trad.). Barcelona: Gedisa.
- BENSON, B. (2000). *Justicia sin Estado*. (J. I. Del Castillo, Trad.). Madrid: Unión Editorial.
- BERNAL SAMPER, T. (2006). «Resolución de conflictos y mediación». En GARRIDO MARTÍN, Eugenio; MASIP PALLEJÁ, Jaume y María Carmen HERRERO ALONSO (coords.). *Psicología jurídica*, pp. 561-590. Madrid: Pearson Educación.
- BOHM, D. (1997). *Sobre el diálogo*. Barcelona: Kairós.
- BREA, J. L. (2007). *Cultura RAM. Mutaciones de la cultura en la era de su distribución electrónica*. Barcelona: Gedisa.
- BUCHANAN, J., y Brennan, G. (1987). *Las razones de las normas. Economía política constitucional*. (J. Aguirre Rodríguez, Trad.). Madrid: Unión Editorial.
- BUNGE, M. (1980). *Epistemología. Ciencia de la ciencia*. Barcelona: Ariel.
- CALCATERRA, R. (2003). *Mediación estratégica*. Barcelona: Gedisa.
- CALDERON CONCHA, P. (2009). «Teoría de conflictos de Johan Galtung». En *Revista Paz y Conflicto*, (2), pp. 60-81.
- CARAVEDO, J. (2014). «Construyendo diálogos genuinos». En I. ORMACHEA, J. CARAVEDO, G. MORENO, y G. BEDOYA. *Minería, conflicto social y diálogo*. Lima: ProDiálogo.
- CHASE, O. (2011). *Cultura, proceso y rito*. (F. M. Díaz, Trad.). Madrid: Marcial Pons.

- COOTER, R., y ULEN, R. (1999). *Derecho y economía*. (E. L. Suárez, Trad.). México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- CORTADA DE KOBAN, N. (2008). «Los sesgos en la toma de decisiones». En *International Journal of Psychological Research*, 1(1), pp. 68-73.
- DE ECHAVE, J., y DIEZ, A. (2013). *Más allá de Conga*. Lima: CooperAcción.
- DE LA OLIVA, A. (2005). *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas.
- DE LA PUENTE BURLANDO, L. (2017). *Cuando el diálogo es parte del problema. La institucionalización de las Mesas de Diálogo en el Perú: el caso del conflicto en Espinar*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento de Ciencias Sociales.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (Marzo de 2021). *Reporte Mensual de Conflictos Sociales n.º 205 Marzo - 2021*. Recuperado de <<https://www.defensoria.gob.pe/documentos/reportes-mensuales-de-conflictos-sociales-n-205-marzo-2021/>>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (Septiembre 2017). *El valor del diálogo*. Recuperado de <<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/02/El-valor-del-dialogo.pdf>>.
- DIEZ, F. (2016). «Jimmy Carter, el perfil de un mediador. Relatos personales y lecciones aprendidas». En *Revista de Mediación*, 9(2). Recuperado de <<https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2016/12/Revista18-e4.pdf>>.
- ENTELMAN, R. (2002). *Teoría de conflicto. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa.
- ESPINOSA, A. C.-P.; BURGA, G., y GÜIMAC, J. (2007). «Estereotipos, prejuicios y exclusión social en un país multiétnico». En *Revista de Psicología*, 25(2), pp. 295-338.
- ESPINOSA, A., y PANCORBO, G. (2009). «Exclusión y conflicto social en el Perú: una aproximación desde la psicología social». En *Punto Medio. Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos*, (2), pp. 37-45.
- HÄBERMAS, J. (1987). *Teoría de la acción comunicativa. II Crítica de la razón funcionalista*. (M. Jiménez Rendón, Trad.) Madrid: Taurus.
- LEE BAILEY, F. (1995). *Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante*. (J. Hurtado Vega, Trad.). México D. F.: Limusa Noriega Editores.
- LOPEZ AYLLÓN, S. (1989). «El proceso como espacio de encuentro entre lo social y lo jurídico. Una aproximación de sociología del derecho». En AA. VV. *Libro homenaje a Jorge Barrera Graf* (Vol. II, pp. 1015-1038). México D. F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MONTERO AROCA, J. (1997). *Introducción al derecho jurisdiccional*. Valencia: Bosch.
- MONTES BERGES, B. (2008). «Principales enfoques teóricos en el estudio de las relaciones intergrupales». En *Iniciación a la investigación. Revista Electrónica, Universidad de Jaén*, (3).
- MOORE, C. W. (1995). *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la mediación de conflictos*. (A. Leal, Trad.). Buenos Aires: Granica.
- MOSTERIN, J. (2011). *Epistemología y racionalidad*. Lima: Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

MULHOLLAND, J. (2003). *El lenguaje de la negociación. Manual de estrategias prácticas para mejorar la comunicación*. (M. Mizrajaí, Trad.). Barcelona: Gedisa.

NIEVA-FENOLL, J. (2016). «Mediación y arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?». En *Revista General de Derecho Procesal*, (39).

ONDS, O. N. (2014). *Diálogo. Dos años después*. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros.

OPPETT, B. (2006). *Teoría del arbitraje*. (E. Silva Romero, Trad.). Bogotá: Legis.

ORÉ IBARRA, L. E. (2016). «Conflictos sociales. La oportunidad de la mediación y facilitación multiactor de procesos colaborativos». En ABANTO TORRES, D. *Nuevos Enfoques de la conciliación y el arbitraje* (pp. 17-52). Lima: Instituto Pacífico.

ORMACHEA, I. (2014). «El caso La Granja». En ORMACHEA, I.; CARAVEDO, J.; MORENO, G. y G. BEDOYA. *Minería, conflicto social y diálogo*. Lima: ProDiálogo.

OST, F. (1993). «Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces». En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 14. Recuperado de <<https://www.cervantesvirtual.com/obra/jpiter-hrcules-y-hermes-tres-modelos-de-juez-0/>>.

OST, F. (2005). *El tiempo en el derecho*. (M. G. Benítez, Trad.). México D. F.: Siglo XXI.

OTERO PARGA, M. (2011). «La ética del mediador». En SOLETO MUÑOZ, H. *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos* (pp. 86-106). Madrid: Tecnos.

PARIS ALBERT, S. (2005). *La transformación de los conflictos desde la filosofía para la paz*. Tesis doctoral, Universidad Jaume I de Castellón de la Plana, Departamento de Filosofía, Sociología y Comunicación Audiovisual y Publicidad, Castellón de la Plana.

POPPER, K. (2011). *Realismo y el objetivo de la ciencia. Post scriptum a la Lógica de la investigación científica* (M. Sansigre Vidal, Trad.). Madrid: Tecnos, tercera edición, vol. I.

QUIÑONES, M. (2005). «Las nuevas dimensiones del diálogo social». En *Boletín Cintenfor*, (156), pp. 9-32.

REDORTA, J. (2016). *Conflict managment. Ciencia aplicada a la gestión del conflicto*. Córdoba, España: Almuzara.

RICOEUR, P. (2002). *El texto a la acción. Ensayos de hermenéutica II*. (P. Corona, Trad.). México D. F.: Fondo de Cultura Económica, segunda edición.

RIVERA MORALES, R. (2017). «La formación del mediador». En *Iudicium. Revista de Derecho Procesal de la Asociación Iberoamericana de la Universidad de Salamanca*, (2), pp. 73-102.

ROBLES MORCHON, G. (2009). *La justicia en los juegos. Dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Trotta.

RODRIGUEZ CASTILLÓN, J. (2007). «Una mirada a los (des)encuentros culturales en las relaciones entre empresas mineras y poblaciones campesinas en el Perú». En *Antropología*, (5), pp. 251-264.

RODRÍGUEZ, C. (julio 2017). «La mediación: ¿una respuesta al nuevo paradigma del derecho?». En *Revista de Derecho (UCUDAL)*, segunda época, (15), año 13, pp. 243-256.



- ROEMER, A. (1998). *Introducción al análisis económico del derecho*. México D F.: Fondo de Cultura Económica.
- SAADE HAZIN, M. (2013). *Desarrollo minero y conflictos socioambientales. Los casos de Colombia, México y el Perú*. Santiago de Chile: Cepal, ONU.
- SAMAJA, J. (2004). *Proceso, diseño y proyecto*. Buenos Aires: Biblioteca Virtual Academia Virtual de Altos Estudios Jurídicos.
- SECRETARÍA DE GESTIÓN SOCIAL Y DIÁLOGO - PCM. (Abril-junio 2021). *#ElDiálogoContinúa. Willanniki, (2)*. Lima: Presidencia del Consejo de Ministros. Recuperado de <[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2568841/WILLANIKI\\_abril-junio-2021.pdf%281%29.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2568841/WILLANIKI_abril-junio-2021.pdf%281%29.pdf)>.
- SIERRALTA RÍOS, A. (2009). *Negociaciones y teoría de los juegos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SISNIEGAS RODRÍGUEZ, A. (13 de septiembre de 2016). «Conga: la actual situación del conflicto y los aspectos jurídicos y sociales mas relevantes». En *Polemos*. Recuperado de <<https://polemos.pe/congala-actual-situacion-del-conflicto-los-aspectos-juridicos-sociales-mas-relevantes/>>.
- SUMARIA, O. (2018). *Introducción al sistema de la tutela jurisdiccional*. Lima: Ediciones Olejnik.
- SUMARIA, O. (2021). *El «nuevo» principio de la oralidad civil*. Lima: Instituto Pacífico.
- SZLAJEN, F. (10 de abril de 2021). «El diálogo como construcción política más que apariencia trivial». En *Infobae*. Recuperado de <<https://www.infobae.com/opinion/2021/04/10/el-dialogo-como-construccion-politica-mas-que-apariencia-trivial/>>.
- VINYAMATA, E. (2009). *Introducción a la conflictología*. Barcelona: Universidad de Cataluña.
- VINYAMATA, E. (2015). «Conflictología». En *Revista de Paz y Conflicto*, 8(1).



## EL LISTADO NARANJA DE LAS DIRECTRICES IBA, EL CRITERIO DE DESIGNACIONES REITERADAS EN EL MEDIO NACIONAL

*Daniel Triveño Daza\**

La International Bar Association aprobó desde el 2004 unas directrices sobre conflictos de intereses en arbitrajes internacionales que tuvieron su génesis en la cada vez más creciente globalización e interacción del mundo del arbitraje con el comercio internacional. Así, ante la creciente gama de relaciones comerciales tanto entre sociedades, partes y árbitros es que estos últimos tenían dudas sobre qué aspectos o hechos deben poner a conocimiento de las partes dado que, como es lógico, existen distintas perspectivas y criterios que puede tener cada árbitro para evaluar cada hecho.

En ese sentido, estas directrices, sirvieron y sirven como una suerte de código de ética, pues en sus páginas se describen distintos supuestos, hechos o circunstancias que el grupo de trabajo de las directrices elaboró con base en la práctica internacional y, a la vez, consideró que son hechos que ya sea (i) el árbitro no tiene el deber de poner a conocimiento de las partes; y (ii) aquellos en los cuales sí existe el deber de revelarlos bajo distintos matices y características. Todas estas consideraciones formaron lo que se conoce como los «listados» rojo, naranja y verde.

Este tipo de directrices tratan de objetivar, de poner supuestos o circunstancias que sirvan de guía a los árbitros al momento de aceptar una designación o a fin de revelarlas a lo largo del proceso arbitral, lo cual contribuye, por un lado, a que los árbitros tengan mayores elementos para dilucidar si una situación merece ser revelada y, por otro, prevenir que las partes interpongan recusaciones frívolas que dilaten las actuaciones arbitrales o con algún otro fin, como apartar un árbitro que no parece cómodo a su posición.

Lo cierto es que si bien las Directrices IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional (Directrices IBA) fueron elaboradas teniendo en mente desincentivar conductas dilatorias que dañen el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, lo cierto es que, paradójicamente, en la práctica nacional están siendo tomadas como una excusa para incentivar prácticas negativas y pretender apartar árbitros afectando con ello el derecho que asiste a una parte de designar libremente a su árbitro y al propio arbitraje.

En efecto, lo que ha venido sucediendo en la práctica es que se han tomado estas directrices, primero, como si fuesen obligatorias o vinculantes, pese a que no han sido pactadas por las partes en sus convenios arbitrales de esa manera. Y, segundo, se han estado utilizando de manera indiscriminada sus listados y los hechos ahí descritos de manera literal, sin mayor criterio de razonabilidad para pretender recusar árbitros.

Como es lógico, una situación en un listado rojo irrenunciable como que el árbitro representante legal de la empresa que es parte en el arbitraje no puede desempeñarse puesto que un árbitro no puede ser juez y parte afecta claramente su imparcialidad. Sin embargo, cuando nos trasladamos a supuestos más intermedios como los del listado naranja e incluso el verde, la práctica ha demostrado que pueden ser utilizados sin el mayor análisis de razonabilidad.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con maestría en Gerencia Pública por la Universidad Continental. Así como estudios de posgrado en Derecho de la Construcción (UPC), Gestión de Obras Públicas (Universidad Ricardo Palma), Diseño y Gestión de Proyectos Viales (UPC), Estructuración, Regulación de APP en Infraestructura (Universidad del Pacífico) y Arbitraje Internacional y de Inversiones (Universidad del Pacífico). Consultor, asesor, docente universitario, árbitro y miembro de juntas de resolución de disputas en contratos de infraestructura. Correo electrónico: danieltriveno@gmail.com

Uno de los principales puntos utilizados en estas prácticas el regulado en el punto 3.1.3 del listado naranja, referido a la cantidad de designaciones versus el lapso de la designación. Pareciera que las partes recusantes no toman con razonabilidad ni tampoco analizan la nota al pie de dicho punto y menos lo compatibilizan con la realidad peruana. Dicho punto del listado naranja dice lo siguiente: «3.1.3 Dentro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de estas».

Asimismo, la nota al pie de dicha regla indica lo siguiente:

En cierto tipo de arbitrajes, como el arbitraje marítimo, deportivo o el relativo a materias primas, puede que la práctica sea escoger a los árbitros de un colectivo más reducido o especializado de personas. Cuando en un tipo concreto de arbitraje sea costumbre que las partes seleccionen repetidamente a un mismo árbitro para distintos asuntos, no será necesario poner de manifiesto esa circunstancia si todas las partes en el arbitraje deberían estar familiarizadas con esta costumbre.

La idea general sobre la aplicación de este punto del listado naranja, citando las propias directivas es que:

[...] es una enumeración de situaciones no exhaustiva de situaciones específicas que, dependiendo de los hechos del caso en particular, pueden, a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Así, el listado naranja refleja situaciones que quedarían comprendidas en la norma general 3(a) por lo que el árbitro tiene la obligación de revelarlas.

Como se advierte de la lectura del referido listado, primero, depende de los hechos del caso; segundo, análisis de los hechos del caso «pueden», a los ojos de las partes, crear dudas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro. Es importante tomar en cuenta la forma como ha sido redactada la directriz, pues le da énfasis al análisis de los hechos del caso, ya que, como es natural, las directrices no se dan abasto para determinar *todas* las situaciones ni todos los supuestos, quedando en las partes que pretendan interponer una recusación, así como en los operadores que se encarguen de resolverlas, su análisis previo. El segundo escalón es que estos hechos del caso particular «pueden», es decir, para la Real Academia de la Lengua española este término se define<sup>1</sup> de la siguiente manera: ‘Ser contingente o posible que suceda algo’, es decir, posible que suceda, posible de crear dudas, lo cual no es lo mismo que decir *crea* dudas. Por ello, esa posibilidad debe ser analizada con los elementos del caso en específico, para que además de la posibilidad exista una alta probabilidad de crear estas dudas.

Sin embargo, en nuestra práctica nacional no todos los operadores jurídicos aplican el análisis de la razonabilidad para concluir que existe una verdadera duda sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro.

Ahora bien, luego de haber delineado la forma como fue redactado el concepto de este listado naranja, corresponde remitirnos al análisis del mismo supuesto de hecho, esto es, la designación y su lapso. En el punto 3.1.3 antes citado se indica que en un lapso de tres años anteriores (a la designación) el árbitro ha sido designado en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de estas. En ese caso, la directriz tiene un criterio de ser directamente proporcional entre designaciones y aumento de probabilidades de crear dudas y funciona como base en un lapso de 3 años.

Sin embargo, es preciso notar que en el ámbito nacional normalmente la normativa de contrataciones del Estado, así como los códigos de ética, trabajan sobre una base diferente, de 5 años de lapso, siendo ello la primera diferencia con la directriz. Asimismo, los centros arbitrales o la normativa de contrataciones no indica un número específico como sí lo indican las directrices. Es decir, en estos casos la directriz es más restrictiva al considerar que pueden generar dudas sobre la imparcialidad *dos*

---

<sup>1</sup> Tomado de: <https://dle.rae.es/poder?m=form>

designaciones; sin embargo, ello debe ser analizado con las particularidades del caso conforme ella misma lo indica.

Entonces, de poner un número específico, a no ponerlo hay una gran diferencia, la cual es usada de manera indiscriminada para cuestionar la permanencia de un árbitro. Es en este momento que, tanto que se considere un número o no, entra en juego el análisis de los demás elementos. Estos elementos deben ser debidamente probados por las partes y deben consistir en elementos objetivos, no gaseosos, que permitan determinar que un criterio cuantitativo no es suficiente para evaluar la permanencia de un árbitro en un proceso, pues la conclusión arribada con base en presunciones sin fundamentos objetivos tiene una cara que en el derecho la conocemos como arbitrariedad.

Como ya hemos visto, un solo criterio cuantitativo no es suficiente para determinar si un árbitro debe o no ser apartado de un arbitraje y ello ha quedado claro dentro de la casuística nacional. Para ello contaré con un ejemplo particular, pues fue referido a una recusación interpuesta contra el suscrito por el número de designaciones, la cual es de acceso público a través de la web del Gobierno, y si bien la resolución emitida por el OSCE es extensa, citaré los párrafos pertinentes en los cuales se hace el análisis de las designaciones reiteradas.

En efecto, en la Resolución n.º D000008-2022-OSCE-DAR,<sup>2</sup> del 10 de febrero de 2022, el contratista tuvo como uno de los motivos para recusarme el siguiente:

7) El segundo motivo de recusación se refiere al nombramiento repetitivo del señor Daniel Tri-  
veño Daza por la procuraduría pública del Minsa

[...]

d) Por lo expuesto, refieren que es aceptado que los nombramientos repetitivos de un árbitro por los mismos abogados de una parte, incluso en un número menor de los declarados por el árbitro recusado, es una circunstancia que permite dudar objetivamente de la imparcialidad del árbitro.

[...]

f) En ese sentido, consideran razonable pensar que si un árbitro es nombrado repetidas veces en un corto periodo de tiempo por la misma procuraduría pública puede generar una predisposición —consciente o no— en el árbitro en juzgar de manera más favorable a quien usualmente lo nombra, ya sea por afinidad con los procuradores que la conforman o por la expectativa de volver a ser nombrado, más aún si tendría como actividad principal su labor como árbitro, conforme se desprendería de su escrito de declaración y ampliación.

g) Por lo tanto, en virtud de lo resuelto por el OSCE y al listado naranja de las Directrices IBA, consideran que las dudas que presenta el contratista bajo un estándar objetivo son absolutamente justificadas.<sup>3</sup>

Como se aprecia, el contratista, en este caso, consideró que es razonable pensar que si un árbitro es designado repetidas veces por una parte puede generar una predisposición consciente o no, y además juzgar favorablemente a esa parte para tener una expectativa de ser nombrado; y, finalmente, indicó que, con base en el listado naranja de las Directrices IBA, sus dudas tienen un estándar objetivo absolutamente justificado.

Sobre ello es preciso tener en cuenta que el listado naranja fue utilizado en este caso por el número de designaciones, para concluir directamente que incluso puedo tener una predisposición inconsciente, puesto que si algo no es consciente, lo lógico es que sea lo contrario, es decir, lo incons-

<sup>2</sup> Cabe precisar que dicha documentación es de acceso público y nada tiene que ver con el fondo de la controversia de dicho proceso y es usada enteramente para fines académicos.

<sup>3</sup> Páginas 4 y 5 de la Resolución n.º D000008-2022-OSCE-DAR.

ciente, así el contratista adoptó una conclusión sobre mi fuero mental interno inconsciente (inconsciente: ‘conjunto de caracteres y procesos psíquicos que, aunque condicionan la conducta, no afloran en la conciencia’),<sup>4</sup> tomando ello como algo cierto y objetivo y razón suficiente para apartarme del proceso. En ese caso, el OSCE consideró lo siguiente:

ii.18 Entonces, la frecuencia con la que un árbitro es designado puede ser un referente sobre presuntas dudas de su independencia o imparcialidad (por los presuntos vínculos, dependencia o predisposición que dichos nombramientos repetidos podrían generar); sin embargo, tal situación no podría constituir por su solo mérito un estándar definido para justificar su apartamiento automático del proceso, en tanto no se contrasten o se expongan circunstancias relevantes que permitan inferir una situación susceptible de afectar o tener incidencia en relación al caso concreto que deba resolver.<sup>5</sup> [...]

Asimismo, el OSCE se remitió a criterios, justamente, internacionales vistos en casos del Ciadi, como el de: 1) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A./Vivendi Universal S.A./ Inter-Aguas Servicios Integrales del Agua S.A./AWG Group Limited; y 2) la República Argentina, en donde se determinó que para evaluar la conexión entre una parte y un árbitro, así como su independencia e imparcialidad, se identificaron factores como: proximidad, intensidad, dependencia, y materialidad, es decir, el propio OSCE indicó criterios adicionales a la sola cantidad o al solo número.

Ahora bien, al momento de referirse al análisis del listado naranja de las directrices IBA, el OSCE claramente determina de su lectura que el punto 3.1.3, está orientado a la intensidad del deber de revelación y no así a que ello implique una descalificación automática del árbitro. Veamos:

ii.34 En esa línea, si bien los numerales 3.1.3 y 3.3.8 de las Directrices en mención hacen referencia a algunas situaciones contempladas en la denominada «Lista Naranja» previstas en sus reglas (como designaciones en años anteriores efectuadas por una de las partes, sus afiliadas o sus abogados), en realidad corresponden a circunstancias que un árbitro debe revelar a las partes, pero que —en concordancia con las mismas Directrices— no implica que por su solo mérito exista un conflicto de interés o una descalificación automática de un árbitro.<sup>6</sup>

Dicha precisión que realiza el OSCE es muy importante para determinar los límites de la razonabilidad con los que se aplica el listado naranja sobre las designaciones efectuadas por una de las partes. Dicha circunstancia es, pues, un supuesto de hecho regulado como un deber de revelar las designaciones anteriores en un periodo de tiempo por una de las partes, que es lo mismo que está regulado en los códigos de ética de muchos centros arbitrales nacionales, pero que el hecho de revelar ello no implica automáticamente que el árbitro no es apto para desempeñar el cargo.

En otra resolución del OSCE, la D000009-2021-OSCE-DAR, recusaron a un árbitro por designaciones reiteradas, alegando las directrices de la IBA y del OSCE, por considerar lo siguiente:

ii.5.6. Si bien, como señala Miranda, la repetición en la designación de árbitros genera una legítima desconfianza, no podría generalizarse que la motivación en la nominación siempre obedezca a intereses encubiertos de las partes cuando en la elección también podrían valorarse otro tipo de circunstancias como el buen desempeño o pericia de los árbitros.

[...]

iii.5.8. Entonces, la frecuencia con la que un árbitro es designado por una de las partes puede ser un referente sobre presuntas dudas de su independencia o imparcialidad (por los presuntos vínculos, dependencia o predisposición que dichos nombramientos repetidos podrían generar), pero no podrían constituir un estándar definido para justificar su apartamiento automático del proceso, en tanto no se contrasten o se expongan circunstancias relevantes que permitan inferir

<sup>4</sup> Tomado de: <https://dle.rae.es/inconsciente?m=form>

<sup>5</sup> Página 34 de la Resolución n.º D000008-2022-OSCE-DAR.

<sup>6</sup> Página 40 de la Resolución n.º D000008-2022-OSCE-DAR.

una situación susceptible de afectar o tener incidencia en relación al caso concreto que deba resolver.<sup>7</sup>

Como se aprecia, el criterio del OSCE es que no basta con la sola frecuencia de designación para apartar un árbitro de un proceso, sino que deben ser contrastados con otras circunstancias relevantes que permitan determinar afectación con relación al caso que el árbitro deba resolver.

Otro ejemplo sobre las designaciones reiteradas que me parece importante comentar, es el criterio de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Resolución de disputas de la PUCP, en un caso en el que el árbitro recusado fue un integrante del tribunal arbitral en el que yo también participaba y quien tuvo la gentileza de autorizarme<sup>8</sup> a comentar dicho pronunciamiento con fines enteramente académicos y que no tienen nada que ver con el fondo de la controversia ni la identificación de las partes.

En dicho caso, parafraseando el criterio que tuvo dicha corte, si bien una designación reiterada puede significar, de alguna forma, la pérdida de la imparcialidad o independencia que debe demostrar el árbitro, lo cierto es que para concluir ello debe analizarse en el caso concreto si estas designaciones configuran una situación de reiterancia que lleve a determinar falta de independencia e imparcialidad como posibles vínculos con la parte que lo designó.

Dicha Corte, además, consideró que para analizar y determinar si una designación es reiterada se toma como criterios el total de designaciones, el lapso, el total de arbitrajes que maneja una entidad (en caso de que sea dicha parte la que lo designó) y esos criterios se evalúan de forma conjunta con las circunstancias o particularidades de cada caso. Finalmente, también tiene en consideración la Corte que por la propia Ley de Contrataciones del Estado, para calificar como elegible como árbitro de una entidad se debe estar inscrito en el RNA (Registro Nacional de Árbitros), lo que ha reducido el número de abogados de entre los cuales las entidades pueden elegir.

Asimismo, en un incidente de recusación<sup>9</sup> contra el suscrito, en la misma Corte de Arbitraje del CARC-PUCP, se consideró (parafraseando) que una designación reiterada puede causar de alguna manera la pérdida de imparcialidad e independencia, pero que para concluir ello debe analizarse si en el caso concreto esas designaciones pueden servir de base para vislumbrar una falta de independencia e imparcialidad del árbitro en relación con la parte recusante, es decir, determinar los posibles vínculos con la parte que lo designó o alguna situación que afecte su idoneidad. Cabe precisar que en dicho caso no se acreditó ello y, por ende, se declaró infundada la recusación.

De lo anterior, se aprecia de la Corte de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Resolución de Disputas de la PUCP tres criterios interesantes de comentar: uno referido a que la reiterancia en las designaciones debe analizarse con mayores elementos que en realidad permitan concluir que se ha afectado la independencia e imparcialidad de un árbitro, es decir que no es una descalificación automática, sino que debe ser analizada de manera razonable y en cada caso concreto. Y otros dos, referidos a la realidad nacional que, por lo general, no es tomado en cuenta al momento de plantear recusaciones (alegando estas designaciones reiteradas y las Directrices IBA): (i) la cantidad de procesos con los que cuentan las entidades; y (ii) el abanico de árbitros elegibles.

Esos dos aspectos adicionales son de vital importancia, pues es una pieza del rompecabezas que permite darnos cuenta de que las Directrices IBA no completan el rompecabezas de ninguna realidad nacional en particular, sino que son una guía, parte del *soft law* y que, por ende, no se puede pretender aplicarlas a rajatabla en nuestra realidad.

<sup>7</sup> Páginas 18 y 19 de la Resolución n.º D000009-2021-OSCE-DAR. Recuperado de <<https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/1724757-d-009-2021-osce-dar>>.

<sup>8</sup> Agradezco por la autorización al Dr. José Antonio Sánchez Romero. Cabe precisar que se declaró infundada la recusación.

<sup>9</sup> Cabe precisar que la información indicada fue solo para fines netamente académicos y no tienen nada que ver con el fondo de la controversia ni la identificación de las partes.

Por un lado, las entidades públicas, como tales, cuentan con muchos procesos arbitrales, en algunos casos los ministerios que tienen más contratos (como el MTC) tienen una gran cantidad de procesos, en promedio unos 800. Por otro lado, de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado, para que una entidad pueda elegir un árbitro, este debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, en el cual a la fecha hay vigentes 145 profesionales,<sup>10</sup> situación que es distinta en el ámbito internacional, en el cual hay una mayor cantidad de árbitros elegibles.

En ese sentido, el no tomar en cuenta la realidad nacional es un gran error al momento de plantear una recusación, pues la misma es un mecanismo con el que cuentan las partes para apartar un árbitro que no cumpla con los estándares de independencia e imparcialidad; sin embargo, el usar indiscriminadamente las Directrices IBA y pretender aplicarlas a la fuerza a una realidad distinta lleva a que se pierda el criterio de razonabilidad que entidades como el OSCE y el CARC-PUCP han entendido claramente con los ejemplos antes citados.

En efecto, esta mala interpretación y aplicación de las directrices coadyuva a lo que el Dr. De Trazegnies consideró como una «proliferación» de recusaciones. En efecto, el referido autor indicó:

[...] En los últimos tiempos se advierte una proliferación de recusaciones que no son sino estrategias para lograr ventajas (muchas veces ilícitas) en la composición del tribunal arbitral o en el procedimiento del arbitraje. Así, hay recusaciones motivadas en un deseo de impedir la constitución del tribunal arbitral o retardar el procedimiento. Hay otras recusaciones en las que una de las partes recusa sistemáticamente al árbitro nombrado por la otra con el objeto de que, después de varias recusaciones (en las que muchas veces el recusado renuncia por razones de amor propio, sin permitir la discusión de su caso), se llega a obtener un árbitro quizá con alguna simpatía o vinculación con la parte que empleó sistemáticamente el método recusatorio para para lograr ese resultado.<sup>11</sup>

El uso de las Directrices IBA específicamente sobre las designaciones reiteradas por una parte ha sido evaluado en el propio ámbito internacional. Uno de esos casos fue la recusación interpuesta contra el árbitro Álvaro Castellanos en el arbitraje llevado a cabo en el Ciadi n.º ARB/12/20 entre el Blue Bank International & Trust (Barbados) LTD contra la República Bolivariana de Venezuela, en el cual los miembros encargados de resolver la recusación precisaron lo siguiente sobre el uso de las Directrices de la IBA:

94. De otro lado, según ya se ha consignado previamente en esta decisión los dos miembros, haciendo propia la tendencia general que se observa en el contexto de anteriores decisiones sobre recusaciones en procedimientos Ciadi, consideramos que si bien las Directrices IBA pueden ser útiles como guía, no constituyen referencias vinculantes para resolver la propuesta de recusación. Asimismo, también corresponde señalar que en decisiones anteriores sobre recusación en procedimientos Ciadi, se ha señalado que un determinado número de designaciones por una misma parte no da cuenta por sí sola de una manifiesta falta de independencia o imparcialidad. Así, por ejemplo, en Tidewater c. Venezuela el Tribunal estableció que resolver «si múltiples designaciones en tribunales arbitrales pueden comprometer la independencia o imparcialidad de un árbitro es una cuestión de fondo y no de mero cálculo matemático».<sup>12</sup>

Es decir que en el propio ámbito internacional existe una tendencia a considerar las condiciones particulares de cada caso y no meramente el cálculo matemático para decidir si un árbitro debe ser recusado. El tomar las Directrices IBA de manera literal sin razonabilidad puede llevar a no considerar, por ejemplo, que las partes pueden elegir a un árbitro por sus buenas cualidades como profesional, por su especialización, por su experiencia o *expertise* en la materia. En tal sentido, es necesario incentivar, como se conoce en el derecho, la presunción de inocencia y no la de culpabilidad, más aún cuando existe recusaciones que no tienen mayores elementos objetivos probados y fehacientes de que

<sup>10</sup> Información obtenida de <<https://apps.osce.gob.pe/arbitros-ma/buscar>>.

<sup>11</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (2011). «Art. 28 Motivos de abstención y de recusación». En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* Tomo I, p. 335. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

<sup>12</sup> Blue Bank International & Trust (Barbados) LTD. c. República Bolivariana de Venezuela, ARB /12/20 (Sr. Felipe Bulnes Serrano y Sr. Carlos Urrutia Valenzuela 2 de marzo de 2018).



un árbitro carece de independencia e imparcialidad y se fundan únicamente en presunciones, en elucubraciones que lo que causan es afectar las actuaciones arbitrales e incentivar este tipo de conductas.

El propio Ciadi cuenta con un documento de apoyo o antecedentes<sup>13</sup> para la discusión sobre su código de ética, del cual se pueden extraer, con base en la casuística citada, temas relevantes como, por ejemplo, que: (i) una reiterancia en la designación no es por sí sola base suficiente para la descalificación; y que, (ii) las meras alegaciones o argumentos especulativos y suposiciones en cuanto a la parcialidad en un árbitro no constituyen prueba de parcialidad.<sup>14</sup>

Es en este escenario donde también entra en juego el elemento de la prueba que debe aportar la parte recusante pues, como se ha dicho, los argumentos especulativos no constituyen prueba de parcialidad, sino que debe haber prueba de ello. Sobre este aspecto, volviendo al ámbito nacional, el OSCE ha indicado que además de la frecuencia de designaciones se debe tener un documento o prueba de la vinculación del árbitro con la parte de acuerdo con lo siguiente:

b.5) En el presente caso, a efectos de sustentar la recusación sobre este punto, el contratista no ha presentado documento alguno, ni probado presuntos vínculos con la entidad o interés por parte del árbitro recusado sobre las controversias donde se pronunciará. Siendo ello así, no se cuenta con elementos probatorios para concluir que las seis (06) designaciones a favor del árbitro recusado se hayan inclinado necesariamente a relaciones de subordinación o condicionamiento con la entidad capaces de afectar su independencia para conducir el proceso del cual deriva la presente recusación.<sup>15</sup>

Como se advierte del criterio del OSCE, es necesario que haya medios probatorios para acreditar la vinculación de un árbitro con una parte y que con ello se configure la falta de independencia o imparcialidad que se alega. Es decir, que no se puede pretender por meras especulaciones retirar a un árbitro válidamente designado por alguna de las partes.

Ya en el campo netamente de aplicación de las Directrices IBA, también existe una dificultad para considerar que la regla del listado naranja sobre la designación de un árbitro más de dos veces por una misma parte pueda causar dudas sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro, pues las propias Directrices indican que no son normas jurídicas y que no prevalecen sobre el derecho nacional. Veamos:

6. Estas Directrices no son normas jurídicas y no prevalecen sobre la ley nacional aplicable ni sobre las reglas de arbitraje que las partes hubieren elegido. No obstante, se espera, como fue el caso de las Directrices de 2004 y otras reglas y directrices del Comité de Arbitraje de la IBA, que estas directrices revisadas sean bien recibidas por la comunidad del arbitraje internacional y que ayuden a las partes, profesionales, árbitros, instituciones arbitrales y tribunales estatales al tratar con estas importantes cuestiones de imparcialidad e independencia. El Comité de Arbitraje de la IBA confía en que las Directrices serán aplicadas con sentido común y sin interpretaciones excesivamente formalistas.<sup>16</sup> (El resaltado es nuestro)

En ese sentido, la Directrices dejan claramente establecido que no son normas jurídicas y no prevalecen sobre la Ley nacional o las reglas que las partes hubiesen elegido. En tal sentido si, por ejemplo, hablamos de un arbitraje en el que las partes hayan decidido someterse al reglamento del CARCPUCP y dentro de su normativa este tiene un código de ética que establece los hechos y/o circunstancias a revelar, son estos últimos los que prevalecen por el acuerdo de las partes y dentro de ese código de ética se hace referencia a las designaciones anteriores. Veamos:

<sup>13</sup> ICSID disputes, I. C. (s.f.). *Code of conduct - Background Papers Repeat Appointments*. Washington, DC. Recuperado de <[https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background\\_Papers\\_Repeat\\_Appointments\\_final\\_25.2.2021.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Repeat_Appointments_final_25.2.2021.pdf)>.

<sup>14</sup> Traducción libre del texto: (i) a repeat appointment in and by itself is not a sufficient basis for disqualification.

(iii) mere allegations or speculative arguments and assumptions as to bias are not proof of bias

<sup>15</sup> Resolución n.º 437-2016-OSCE/PRE del 20 de octubre de 2016, página 10. Recuperado de <<https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Arbitraje/ResolucionesR/437-2016-OSCE-PRE.pdf>>.

<sup>16</sup> Directrices IBA. Introducción. Párrafo 6. Recuperado de <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>>.

## 7.2. Respeto de su independencia

[...]

Cualquier otra relación personal, social, comercial o profesional pasada o presente que haya tenido con cualquiera de las partes o sus representantes, empresas de su grupo económico, o cualquier persona de especial relevancia para el desarrollo del arbitraje (coárbitros, abogados de parte, asesores, testigos y peritos o personas que tengan vínculo significativo con cualquiera de las partes) *incluidas las veces y casos en los que ha sido designado como árbitro por aquellas*, por los árbitros de parte respectivos o por alguna institución arbitral.<sup>17</sup> (El resaltado es nuestro)

Como se advierte del párrafo citado, el código de ética indica que un hecho o circunstancia a revelar es las veces y casos en los que ha sido designado como árbitro por las partes. Es decir, es un *supuesto de revelación* y no un *impedimento* para desempeñarse como árbitro. Más aún, el código de ética no regula un número específico de designaciones que permitan determinar que existe algún conflicto de interés, pues ello no puede ser medido cuantitativamente, sino con base en más elementos, conforme hemos venido desarrollando. Entonces, si el propio código de ética de una institución arbitral no regula el número de designaciones que puedan crear un conflicto de interés, ¿por qué se utilizaría el número de unas directrices que no prevalecen sobre el reglamento al que las partes se someten si en nuestro medio no existe dicho número de oro?

Mirando hacia otra institución también muy importante en nuestro medio como el OSCE, tenemos que en su código de ética para el arbitraje en las contrataciones del Estado regula en su sección «Conflictos de interés y supuestos de revelación» lo siguiente:

4.2.

[...]

b) *Un árbitro debe ponderar la revelación* de cualquiera de las siguientes circunstancias:

[...]

V. Si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades.<sup>18</sup> (El resaltado es propio)

Es decir que dicha institución considera también que se debe revelar si se ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje; sin embargo, también es un *supuesto de revelación* y no un impedimento, tampoco regula un número específico que pueda vincularse a un conflicto de interés.

Como podemos observar, en el medio nacional la situación varía de los estándares internacionales que se aplican con las Directrices IBA, y si bien estas últimas son una guía, no son una lista que deba aplicarse a rajatabla, sino bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y más aún no pueden prevalecer sobre las reglas que las partes han pactado.

Además, queda patente que una recusación fundada en un conflicto de interés que genere un cuestionamiento a la independencia o imparcialidad de un árbitro debe contar además de suposiciones, hipótesis y elucubraciones, pruebas fehacientes que permitan aterrizar esas dudas y darles la claridad y objetividad que se requiere, pues estamos hablando de separar a un árbitro que ha sido válidamente designado por una parte.

<sup>17</sup> Código de Ética del CARC-PUCP, artículo 7.2. Recuperado de <<https://cdn01.pucp.edu.pe/carc/wp-content/uploads/2019/04/22214038/carc-per-4-12-rev-1-codigo-de-etica.pdf>>.

<sup>18</sup> Tomado de: Código de Ética para el arbitraje en las contrataciones del Estado. Regla 4.2. Recuperado de <<https://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/C%C3%B3digo%20de%20%C3%89tica.pdf>>.

En otras palabras, en materia de recusación por estos supuestos, es necesario ser muy preciso y tener elementos que realmente determinen una afectación a la independencia e imparcialidad del árbitro, pues nos encontramos no solo ante un solo derecho de la parte recusante, sino también al de la otra parte, que tiene derecho a tener la libertad de designar al árbitro que considere conveniente.

A manera de conclusión, queda claro que en el medio nacional existe una tendencia en las instituciones, tanto públicas como privadas, que resuelven las recusaciones en analizar los hechos sobre la base del caso concreto y no tomar la frecuencia ni el número de designaciones como base para apartar a un árbitro del proceso de manera automática, es decir, analizan con base no solo en un criterio cuantitativo, sino cualitativo y, además, con base en elementos complementarios que permitan determinar la afectación a la independencia e imparcialidad de un árbitro.

## BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (2011). «Art. 28 Motivos de abstención y de recusación». En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* Tomo I, p. 335. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.

ICSID disputes, I. C. (s.f.). *Code of conduct - Background Papers Repeat Appointments*. Washington, DC. Recuperado de [https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background\\_Papers\\_Repeat\\_Appointments\\_final\\_25.2.2021.pdf](https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Background_Papers_Repeat_Appointments_final_25.2.2021.pdf).

Blue Bank International & Trust (Barbados) LTD. c. República Bolivariana de Venezuela, ARB/12/20 (Sr. Felipe Bulnes Serrano y Sr. Carlos Urrutia Valenzuela 2 de marzo de 2018).

Resolución n.º D000008-2022-OSCE-DAR Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/2776398-d-008-2022-osce-dar>.

Resolución n.º D000009-2021-OSCE-DAR. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/osce/normas-legales/1724757-d-009-2021-osce-dar>.

Resolución n.º 437-2016-OSCE/PRE del 20 de octubre de 2016. Página 10. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Arbitraje/ResolucionesR/437-2016-OSCE-PRE.pdf>.



## SOBRE ALGUNAS INCIDENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA SOLICITUD DE ARBITRAJE EN EL PERÚ

Daniel Uga<sup>\*</sup>

**Sumario:** 1. Inicio del arbitraje según la Ley de Arbitraje.— 1.1. Inicio del arbitraje según los reglamentos de las instituciones arbitrales más representativas.— 1.2. La importancia del inicio del arbitraje como hito relevante para el ordenamiento legal.— 2. Algunos supuestos derivados del inicio del arbitraje.— 2.1. ¿Se puede renunciar, dejar sin efecto o retirar la solicitud de arbitraje comunicada?— 2.2. ¿Es posible modificar o ampliar una solicitud de arbitraje luego de comunicada?— 2.3. Rechazo de solicitud de arbitraje por parte de institución arbitral.— 2.4. Contradicción entre la solicitud de arbitraje y la demanda, o entre la contestación de la solicitud de arbitraje y la reconvencción.— 3. Conclusión.— 4. Bibliografía.

El proceso judicial o litigio, en general, surgió como un mecanismo civilizado de solución de conflictos, los cuales se podría decir son inherentes a las relaciones humanas. Algunos sostienen, con cierta razón, que los conflictos son una industria en crecimiento<sup>1</sup> y a la fecha son múltiples los motivos que los originan, incluyendo entidades que los promueven y «profesionales del derecho»<sup>2</sup> que desde el punto de vista ético y moral no lo son. Es decir, el ser humano no ha variado en gran escala su tendencia a la conflictividad y, aparentemente, ello no va a variar tampoco en un contexto de incremento demográfico y desarrollo tecnológico.

El abogado como factor protagónico en la asistencia de un cliente debería tener como vocación o función desempeñar un rol importante en la búsqueda de soluciones a las controversias e incluso contribuir, en la medida de sus posibilidades, a alcanzar la paz social en su ejercicio profesional. No obstante, la realidad humana y el discurrir de la vida nos enfrentan al más variado universo terrenal, en el que nos cuesta comprender que «la paz social no se encuentra ni se descubre, sino es consecuencia de una laboriosa construcción colectiva».<sup>3</sup>

La transición del clásico abogado de terno, corbata y maletín al abogado participante en audiencias virtuales, cuyas principales herramientas son el teléfono móvil y/u ordenador, se podría decir, no ha tomado sino pocas décadas.

Menor tiempo, se podría decir, ha transcurrido en nuestra época contemporánea para la evolución del litigio convencional conducido y decidido por un juez con potestad jurisdiccional, a un proceso privado de administración de justicia en el que quien conduce y decide la controversia es un tribunal arbitral o un árbitro único, ya sea *ad hoc* o institucional.

---

<sup>\*</sup> Abogado por la Universidad de Lima.

<sup>1</sup> DALE CARNEGIE. *Manejo de crisis y resolución de conflictos*. Recuperado de <<https://www.dalecarnegie.com/en/courses/519>>, los conflictos son una industria en crecimiento: «Desde la revolución industrial y por qué no, desde el inicio de la humanidad, el conflicto ha sido uno de los factores permanentes en todas las relaciones».

<sup>2</sup> MARTÍNEZ VAL, José María. *El abogado. Alma y figura de la toga*. Madrid: Cabal, 1956: «No agota el abogado su misión en el bufete ni en el foro. Vive en plena sociedad y para la sociedad. Por eso es responsable, genérica y profesionalmente, ante ella no menos que ante los clientes, los tribunales o el derecho. Hay cosas que no son de moral profesional ni están previstas en los códigos de deontología y, sin embargo, entrañan una profunda y real responsabilidad para el abogado».

<sup>3</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis, 1996, tomo I, p. 10.

Pues bien, con la gestión del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias en el Perú, y para algunos fundamental —como nos lo recuerda MacLean desde hace más de una década—,<sup>4</sup> destinado a la resolución de conflictos, se incorporaron al litigio, necesariamente, nuevas formas o actuaciones arbitrales<sup>5</sup> dentro del procedimiento. Tal es el caso, por ejemplo, de la solicitud de arbitraje y su consecuente contestación.

Podría ser que la coincidencia en la existencia de una etapa postulatoria, tanto en el proceso judicial civil como en el arbitraje, en los que la demanda, la contestación y reconvencción son piezas fundamentales a ser tomadas en cuenta para la decisión de la controversia, conlleve a la errónea idea de que la etapa previa no resulta más que un simple trámite «referencial» o «preliminar» —que en realidad lo es desde cierto punto de vista— sin mayores implicancias en el desarrollo y/o resultado del arbitraje. Ello podría también deberse a la convivencia dual entre el derecho positivo y el derecho vivo o el derecho normado frente al practicado.<sup>6</sup>

Como etapa previa a la postulatoria, nos referimos específicamente a la etapa que comienza con la presentación de la solicitud de arbitraje e incluye la contestación de la misma hasta antes de la presentación de la demanda.

Con relación a dicha etapa, que comienza con la presentación de la solicitud de arbitraje y que tiene como correlación una contestación, centramos el presente análisis, con la simple aspiración y voluntad de afirmar certezas, si así lo fueran, o despertar algunas dudas que con el tiempo pudieran resultar constructivas, ojalá así sea.

## 1. INICIO DEL ARBITRAJE SEGÚN LA LEY DE ARBITRAJE

Conforme lo contempla el artículo 33 del Decreto Legislativo n.º 1071, en adelante la Ley de Arbitraje, el inicio del mismo se recoge en los términos siguientes:

### Actuaciones arbitrales

#### Artículo 33.- «Inicio del arbitraje

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje».

En principio, cabe destacar que la Ley de Arbitraje se refiere a la «solicitud de arbitraje», no como «petición», aun cuando en doctrina se pueden encontrar referencias indistintamente con el término «petición» y «solicitud».

Si bien en el ámbito del arbitraje se privilegia la autonomía de la voluntad de las partes, no es cosa de todos los días encontrar convenios arbitrales en los que se prevea el momento del inicio del

<sup>4</sup> MACLEAN UGARTECHE, Roberto. «El alma dividida del arbitraje: ¿solución alternativa para los usuarios o fuente alternativa de honorarios para abogados? cómo apaciguar el corazón consigo mismo». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (director). *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, tomo 1, pp. 118-119: «[...] lo que representa el arbitraje como opción alternativa en el Perú de hoy en el año 2008, en que el sello que nuestro país lleva en la frente es el de un país en desigual desarrollo, de un crecimiento económico sostenidos y cifras macroeconómicas sin precedente, en democracia, grandes desniveles sociales y una maquinaria oficial de justicia que no ofrece los reflejos o eficiencia adecuados a las demandas de la población, que está muy descontenta de quienes dictan las leyes y de quienes imparten la justicia, de acuerdo a los sondeos de opinión durante la última década. La característica del sistema oficial integral de justicia peruano presenta la misma identidad de todos los otros países en desarrollo, generalmente, también de invisibles culturas autoritarias aun cuando ya no existen razones externas para vivir sometidos a ninguna autoridad. El inequívoco síntoma de esta situación en todo el mundo y a través de la historia es el inmenso abismo entre las leyes, la justicia y la realidad que nadie parece percibir ni otorgarle la importancia que tiene ni las violentas consecuencias a que puede dar lugar. Muchas veces ni los ciudadanos toman cabal consciencia de lo que se trata, porque lo han olvidado o porque subconscientemente quieren olvidarlo a toda costa. Y esa también es otra opción, pero una opción terriblemente peligrosa».

<sup>5</sup> KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Inicio del arbitraje». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: IPA, 2011, tomo 1, p. 382.

<sup>6</sup> ROBLES, Gregorio. *El testimonio de un jurista: Alejandro Nieto (1930-2017)*. Sevilla: Global Law Press - Editorial de Derecho Global & INAP (Instituto Nacional de Administración Pública), 2017.

arbitraje, como sí suele presentarse con mayor frecuencia respecto de la duración del arbitraje o el plazo máximo para emitir el laudo como decisión final.

Ahora bien, como derivación misma del mencionado artículo 33, por actuaciones arbitrales debe entenderse todo aquello que sucede desde la recepción de la solicitud de arbitraje, sin distinguir entre aquellas actuaciones en las que interviene el demandante desde que presenta su solicitud, el demandado desde que la contesta, e incluso aquellas originadas por la institución arbitral o administradora del arbitraje, lo cual incluye secretarías y dependencias encargadas de la designación de árbitros y toma de decisiones al más alto nivel de la organización.

Es decir, la primera actuación arbitral promovida por el demandante sin la existencia de tribunal arbitral ni institución arbitral a cargo en algunos casos es la presentación de la solicitud arbitral, ya sea a la parte que se propone demandar o ante la administradora del mismo.

Es decir, todo acto realizado a partir de la recepción de la solicitud de arbitraje aun cuando no se haya instalado o intervenga el tribunal arbitral ni se hayan aprobado las reglas del proceso, se considera parte de las actuaciones arbitrales.

De este modo, si las partes no establecen la oportunidad del inicio del arbitraje, ya sea en el convenio arbitral o, posteriormente, se entenderá que el inicio del arbitraje se da con la recepción de la solicitud de someter la controversia a un arbitraje, por parte de la contraparte a ser demandada en un proceso *ad-hoc* o con la recepción de la misma por parte de la institución arbitral en un arbitraje institucional o administrado.

Sin embargo, para algunos otros efectos sustentados en el derecho al debido proceso de la contraparte de conocer y saber, consideramos habría sido válido sostener que en un arbitraje administrado no basta la recepción de la solicitud por parte de la institución arbitral, sino que recién a partir del momento en el que la demandada toma conocimiento o recibe la solicitud de someter la controversia al arbitraje —como se ha previsto en la segunda disposición transitoria de la Ley de Arbitraje—<sup>7</sup> se configuraría el compromiso de las partes con el procedimiento arbitral y se establecería la relación entre ambas para resolver la controversia mediante dicho mecanismo.<sup>8</sup>

Si bien las fórmulas de regulación del inicio del arbitraje son de lo más variadas alrededor del mundo, como que el arbitraje se inicia con la presentación de la demanda, con la notificación de aceptación de los árbitros designados, entre otros, consideramos que la recogida por la Ley de Arbitraje no deja de ser conveniente, considerando salvo pacto en contrario se tiene por iniciado el arbitraje en el momento a partir del cual una de las partes activa el convenio arbitral, sea cual fuere el caso, evitando así una normativa alambicada, que podría generar confusión sobre el momento del inicio de las actuaciones arbitrales, ya sea en un arbitraje administrado o en uno *ad hoc*.

¿Pero resultan relevantes las actuaciones arbitrales luego de recibida la solicitud de arbitraje como para que se considere ya iniciado el arbitraje, cuando ni siquiera se ha constituido el tribunal arbitral? Consideramos que sí. No obstante, hay que tener en cuenta también que la determinación del momento en que se inician las actuaciones arbitrales constituye un hito relevante para la debida

<sup>7</sup> Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje. Disposiciones transitorias Segunda.- «Actuaciones en trámite:

Salvo pacto en contrario, en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto legislativo, una parte hubiere recibido la solicitud para someter la controversia a arbitraje, las actuaciones arbitrales se registrarán por lo dispuesto en la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje» (el resaltado es nuestro).

<sup>8</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y otros. «El inicio y libertad de regulación de las actuaciones arbitrales». En *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política - UAP*, 2016, n.º 18, vol. 14. Recuperado de <<https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1237/0>>: «Creemos, junto a Vidal Fernández, que la fecha en que el demandado ha recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje marca el momento a partir del cual los contendientes quedan comprometidos en el procedimiento arbitral, y con ella se establece una relación entre el demandante y el demandado por la cual se obligan a resolver su conflicto mediante arbitraje. De este modo, quedan fijadas las partes contendientes (quien requiere y el requerido) y la controversia. A partir de la delimitación subjetiva y objetiva de ese conflicto se inicia el método de resolución del mismo», p. 87.

aplicación del ordenamiento legal, existente incluso con anterioridad a la incorporación de esta acertada precisión sobre el inicio del arbitraje.

### ***1.1. Inicio del arbitraje según los reglamentos de las instituciones arbitrales más representativas***

Ya incorporado en la Ley de Arbitraje el precepto que determina la relevancia de la recepción de la solicitud de arbitraje para considerar el inicio del arbitraje, las instituciones arbitrales más representativas del país lo han recogido en sus propios reglamentos con algunos matices, lo cual nos da algunas ideas de desarrollo del artículo 33 de la Ley de Arbitraje.

#### **Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima**

«INICIO DEL ARBITRAJE

Artículo 5

Solicitud de arbitraje

[...]

4. Se considera que el arbitraje comienza en la fecha de recepción de la solicitud por parte del Centro».

#### **Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP**

«INICIO DEL ARBITRAJE

Artículo 12.-

El arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la Secretaría General del Centro».

#### **Reglamento de Arbitraje de AmCham Perú**

«II. INICIO DEL ARBITRAJE

Artículo 11: Petición de arbitraje

1. El arbitraje se inicia en la fecha de presentación ante el Centro, de una solicitud de inicio del arbitraje dirigida a la Secretaría (la Petición de Arbitraje)».

#### **Reglamento de Arbitraje del OSCE<sup>9</sup>**

«INICIO DEL ARBITRAJE

7.9 Solicitud de arbitraje

[...]

7.9.6 Para todos los efectos, el proceso arbitral se considera iniciado en la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje ante el OSCE, excepto si tal solicitud es rechazada conforme a lo descrito precedentemente».

En definitiva, una solicitud rechazada, en el caso de un arbitraje administrado, como lo indica la directiva del OSCE, dará lugar a que el arbitraje ya iniciado se dé por finalizado sin mayor trascendencia, con muy poco recorrido y sin entrar a discutir el fondo de la controversia.

<sup>9</sup> Directiva n.º 004-2020-OSCE/CD, Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Especializado y Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del SNA-OSCE.



Con relación a este último párrafo del inciso 7.9.6 del numeral 7.9 del Reglamento de Arbitraje del OSCE, distinta sería la situación una vez iniciado un arbitraje administrado, si la solicitud no es rechazada por la institución arbitral, sino que la voluntad de dejarla sin efecto parte del mismo solicitante o peticionante.

Por ejemplo, podría darse el supuesto en que el solicitante del arbitraje, por error, presente la solicitud de arbitraje ante una institución arbitral que no es la que las partes designaron en el convenio arbitral. Ante tal supuesto, sin duda, la institución arbitral podría rechazarla, pero si fuera el solicitante, una vez advertido el error, el directo interesado en enmendarlo, consideramos que lo que correspondería sería el desistimiento de la solicitud que activó el inicio del arbitraje.

## 1.2. *La importancia del inicio del arbitraje como hito relevante para el ordenamiento legal*

Aun cuando consideramos no ha sido uno de los temas más desarrollados en la doctrina nacional, tal vez por tratarse de «un asunto aparentemente irrelevante y sencillo», como lo ha expresado Kundmüller,<sup>10</sup> no cabe duda de la destacada importancia del artículo 33 de la Ley de Arbitraje, al haberse regulado el inicio del arbitraje y/o de las actuaciones arbitrales, pues dicha omisión podría «poner en riesgo a las partes y al mismo arbitraje».<sup>11</sup>

Sea que el arbitraje se tenga por comenzado «en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje» o en otra oportunidad pactada con precisión y razonabilidad por las partes, a la fecha ya se puede tener certeza cómo aplicar el derecho en circunstancias que ameriten establecer cuándo se configuró dicho inicio.

En efecto, Kundmüller lo ha advertido con gran acierto al referir que el artículo 33 de la Ley de Arbitraje tiene un doble efecto, pues, por un lado, contribuye a la seguridad jurídica de las partes como aspecto sustantivo y, por otro, a la del propio arbitraje en aspectos referidos a la tramitación de las actuaciones arbitrales.<sup>12</sup>

Así, la certeza en cuanto al inicio del arbitraje permite ahora determinar el cómputo de los plazos de prescripción<sup>13</sup> y caducidad; el cómputo del plazo establecido para la emisión del laudo o duración del arbitraje; la aplicación precisa de una disposición transitoria;<sup>14</sup> el cálculo de mora en las obligaciones de dar suma de dinero y determinar el impedimento de cumplir con la prestación en la resolución de contrato por incumplimiento;<sup>15</sup> o incluso, entre otros, la renuncia a un mecanismo alternativo de

<sup>10</sup> KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. *Op. cit.*, p. 382.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 383.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 382.

<sup>13</sup> Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje Novena.- «Prescripción

Comunicada la solicitud de arbitraje, se interrumpe la prescripción de cualquier derecho a reclamo sobre la controversia que se propone someter a arbitraje, siempre que llegue a constituirse el tribunal arbitral. Es nulo todo pacto contenido en el convenio arbitral destinado a impedir los efectos de la prescripción.

Queda sin efecto la interrupción de la prescripción cuando se declara nulo un laudo o cuando de cualquier manera prevista en este Decreto Legislativo se ordene la terminación de las actuaciones arbitrales».

<sup>14</sup> Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje

Segunda.- «Actuaciones en trámite

Salvo pacto en contrario, en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto legislativo, una parte hubiere recibido la solicitud para someter la controversia a arbitraje, las actuaciones arbitrales se regirán por lo dispuesto en la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitrajes».

<sup>15</sup> Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje

Octava.- «Mora y resolución de contrato

Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334 y 1428 del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje».

solución de la controversias, si se tratara de un arbitraje administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.<sup>16</sup>

En definitiva, según lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley de Arbitraje:

Una vez más, pues, la Ley reafirma el principio del libre ejercicio de la voluntad de las partes en todo arbitraje, ya que serán estas quienes pueden modificar el momento de inicio del arbitraje mediante un pacto o, si es que se encuentra involucrada la administración de una institución arbitral, será esta la que pueda modificarlo a través de su respectivo reglamento. Las partes o la institución podrán decidir que el arbitraje se inicie antes o después del momento señalado por la Ley de Arbitraje.<sup>17</sup>

En este sentido, queda de manifiesto que, a diferencia de la Ley de Arbitraje anterior, con la vigente se ha rellenado un espacio normativo que lo ameritaba.

## 2. ALGUNOS SUPUESTOS DERIVADOS DEL INICIO DEL ARBITRAJE

Como en una partida de ajedrez, hoy la Ley de Arbitraje nos exige que seamos muy cuidadosos desde el turno que nos permita mover la primera pieza, es decir, al presentar nuestra solicitud de arbitraje, ya que por un descuido, incumplimiento de la normativa o de los requisitos para su admisión a trámite podemos quedar a merced de la otra parte, del tribunal arbitral —aun cuando los hechos se hayan derivado antes de su constitución—, de la secretaría, de una corte o consejo de arbitraje o de los jueces que tengan que resolver un eventual recurso de anulación.

A continuación, pasamos a comentar una experiencia que podría graficar lo antes expuesto.

Es el caso que el accionista de una sociedad anónima cerrada invocó el arbitraje estatutario presentando su solicitud de arbitraje *ad hoc* ante otro accionista y la sociedad misma, a fin de que se le reconozca un derecho de adquisición preferente de acciones.

El accionista reclamante fue muy diligente para acreditar en su solicitud que el arbitraje tendría que ser *ad hoc*, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 7 de la Ley de Arbitraje, pues la institución arbitral prevista en el estatuto de la sociedad al momento de su constitución ya no existía. En su solicitud, el demandante cumplió también con designar a su árbitro de parte, sin recordar que en virtud del convenio arbitral estatutario se contaba con el plazo de 15 días útiles para efectos de comunicar la aceptación de su árbitro de parte. Vencidos los 15 días antes referidos, ni la parte demandante ni el árbitro propuesto comunicaron la aceptación de dicha designación.

La demandada respondió la solicitud de arbitraje proponiendo un arbitraje institucional, por brindar más garantías de neutralidad y control del proceso, y a la vez puso en conocimiento del potencial demandante que su árbitro tendría que ser designado por la Cámara de Comercio de Lima, de conformidad con lo previsto en literal d) del artículo 23 de la Ley de Arbitraje,<sup>18</sup> al haberse vencido el plazo de comunicación de la aceptación de su nombramiento.

<sup>16</sup> Reglamento de Arbitraje de la PUCP

«Mecanismos alternativos de solución de controversias

Artículo 5.- Si las partes hubiesen pactado la aplicación del trato directo, negociación, mediación, conciliación, Junta de Disputas u otro mecanismo de solución de controversias como paso previo al arbitraje, la sola presentación de la solicitud de arbitraje por una de ellas implicará la renuncia a la aplicación de dichos mecanismos, háyase o no iniciado estos, salvo pacto en contrario o si estos constituyen un requisito de arbitrabilidad determinado por la normatividad pertinente».

<sup>17</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y otros. *Op. cit.*, p. 88.

<sup>18</sup> Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje

Artículo 23.- «Libertad de procedimiento de nombramiento

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d) y e) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

[...]

Seguidamente, la demandante expresó que aceptaría la propuesta que el arbitraje sea administrado por el centro propuesto por la demandada, a condición de que ambas partes reinicien todo el procedimiento de designación de árbitros.

La demandada argumentó que el arbitraje se había iniciado ya con la solicitud recibida, de conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley de Arbitraje, y que por tanto lo que procedía era continuar con las actuaciones arbitrales, es decir que la Cámara de Comercio de Lima proceda con la designación residual de su árbitro, para luego continuar con las actuaciones arbitrales ante el centro que administraría las mismas.

La demandante reclamó que la demandada estaba actuando de mala fe, dilatando la solución de la controversia, y que al haber las partes «renegociado» su convenio arbitral se habría perfeccionado el acuerdo que sería finalmente institucional —aun cuando originariamente debió ser institucional y que tuvo que comenzar como *ad hoc*— y que dicho acuerdo se mantendría solo si se reiniciaba con la presentación de nueva solicitud de arbitraje ante la institución arbitral para reiniciar las actuaciones arbitrales con nueva designación de los árbitros. Caso contrario, la demandante alegó que dejaría sin efecto su solicitud de arbitraje y presentaría una nueva para que éste definitivamente sea *ad hoc*.

La demandada insistió en señalar que el arbitraje ya se había iniciado con la solicitud recibida, con lo cual solo procedía continuar con las actuaciones arbitrales a partir de la designación residual del árbitro de parte de dicha demandada a cargo de la Cámara de Comercio de Lima, según lo previsto en el literal d) del artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje, y que en defecto de ello se configuraría la causal de anulación prevista en el literal b) y/o c) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje,<sup>19</sup> en concordancia con lo dispuesto en el numeral 2 del mismo artículo.<sup>20</sup>

Del supuesto antes mencionado se podría derivar diversas interrogantes, como por ejemplo.

## **2.1. ¿Se puede renunciar, dejar sin efecto o retirar la solicitud de arbitraje comunicada?**

Es probable que con las leyes de arbitraje anteriores a la vigente, en las cuales el momento de inicio del arbitraje era una interrogante, la potestad de retirar la solicitud de arbitraje sin requerir la intervención de terceros hubiera sido posible de ser argumentada.

Sin embargo, queda de manifiesto de conformidad con la Ley vigente en la que las actuaciones arbitrales se inician con la recepción de la solicitud de arbitraje, el demandante queda vinculado y de alguna manera sometido a la decisión de la demandada o de la institución arbitral.

---

d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana».

<sup>19</sup> Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje  
Artículo 63.- «Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[...] b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo».

<sup>20</sup> Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje  
Artículo 63.- «Causales de anulación

[...]

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas».

Si se tratara de un arbitraje administrado, lo que se exigirá al demandante sería un desistimiento, el mismo que tendría que ser aceptado por la institución arbitral o su dependencia a cargo.

En el caso de un arbitraje *ad hoc* en el que las partes coexisten sin un ente supervisor y sin un tribunal arbitral antes de ser constituido, diríamos que el demandante quedaría a expensas de la conveniencia del demandado para desistirse, retirar o renunciar a su solicitud de arbitraje, o proseguir con la presentación de una nueva solicitud hasta lograr la consolidación a cargo del tribunal una vez designado si las reglas del arbitraje lo permiten, lo cual, a nuestro entender, podría generar mayores complicaciones para impulsar las actuaciones procesales, sin riesgo de incurrir en vicios, con el objeto de dar solución definitiva a la controversia.

Comoquiera que desde la recepción de la solicitud de arbitraje por parte de la demandada o de la institución arbitral, de ser el caso, se tiene por iniciado el arbitraje y sus actuaciones, consideramos que el demandante se verá imposibilitado de presentar nueva solicitud de arbitraje sobre la misma materia y pretensiones preliminares contra el mismo demandado sin incurrir en duplicidad de solicitudes, salvo el rechazo de la misma por parte de la institución arbitral, su consolidación o consentimiento de la parte demandada para dejarla sin efecto.

Caso contrario, el demandado se encontraría expedito, salvo pacto en contrario o decisión del tribunal arbitral, para solicitar la consolidación de las solicitudes de arbitraje correspondientes, tal como lo contemplan los reglamentos de arbitraje de algunas instituciones arbitrales.<sup>21</sup>

## **2.2. ¿Es posible modificar o ampliar una solicitud de arbitraje luego de comunicada?**

Si bien es cierto que no siempre se le da la importancia que amerita a la etapa previa a la constitución del tribunal arbitral, no es menos cierto que algunos abogados comienzan a litigar desde la presentación de la solicitud con la cual se inician las actuaciones arbitrales.

En tal supuesto, los cuestionamientos se suelen dar desde que una parte toma conocimiento de la solicitud de arbitraje, desde que se presenta la contestación de la misma o, incluso, ya constituido el tribunal arbitral ante el que se cuestionan pedidos de acumulación de pretensiones o ejercicio del derecho a reconvenir, no incluidos en la respuesta de solicitud de arbitraje, entre otros.

De este modo, se pueden presentar situaciones en las que no solo se cuestionen los requisitos tanto de la solicitud de arbitraje como también de la contestación de dicha solicitud. Tal es el caso de un demandando que no incluye pretensiones de reconvencción en su respuesta a la solicitud de arbitraje, pero que sí reconviene al contestar la demanda.

Sobre el particular, somos de opinión que la Ley de Arbitraje permite deducir que si bien la solicitud y la contestación de la solicitud de arbitraje son requisitos fundamentales para dar inicio al arbitraje, no son elementos inmodificables, salvo pacto en contrario. Es más, si tanto la demanda como la contestación de demanda arbitral —que son piezas fundamentales de la etapa postulatoria— pueden ser modificadas o ampliadas, no existiría razón para restringir dicho derecho, ya sea al demandante o al demandado, para modificar o ampliar su solicitud de arbitraje o la contestación de la misma.

A este respecto, el inciso 3 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje establece como condiciones que impiden la potestad referida en el párrafo precedente sobre la demanda y la contestación de demanda: el acuerdo de partes, la demora en la modificación o ampliación de la demanda o contestación,

<sup>21</sup> Reglamento de Arbitraje de AmCham Perú

Artículo 14: «Consolidación: Cuando una parte presente una petición de arbitraje relativa a una relación jurídica respecto de la cual ya exista en trámite un arbitraje regido por este Reglamento, la Corte puede consolidarlas a solicitud de cualquiera de ellas. Luego de constituido el tribunal arbitral, la consolidación solo procede de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28(4)».

el perjuicio que se pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias; y como condición para que proceda, que el contenido de la modificación y de la ampliación se encuentre incluido dentro de los alcances del convenio arbitral.<sup>22</sup>

En este mismo sentido, entendemos que la solicitud de arbitraje y su contestación también pueden ser modificados o ampliados, salvo pacto en contrario o decisión motivada de la institución o tribunal arbitral, ya que recién en la etapa postulatoria es que las partes, con su demanda y eventual reconvencción y el posterior pronunciamiento del tribunal arbitral, definen las materias que son sometidas ante sí y serán objeto de su decisión en el laudo.

A este respecto, el Reglamento de Arbitraje de AmCham Perú señala claramente que la solicitud o petición de arbitraje contiene, entre otros, la exposición sumaria de las pretensiones y la cuantía, las que podrán ser ampliadas y modificadas.<sup>23</sup>

### ***2.3. Rechazo de solicitud de arbitraje por parte de institución arbitral***

La Ley de Arbitraje no contempla requisitos específicos que deben contener la solicitud de arbitraje o su contestación, salvo aspectos generales referidos al mismo arbitraje, como que las controversias deben estar referidas a materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley, los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

En todo caso, se puede encontrar mayor desarrollo sobre las solicitudes de arbitraje y la contestación en los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales autorizadas.

Ahora bien, ante el incumplimiento de requisitos de una solicitud de arbitraje institucional, esta será rechazada poniéndose fin así a las actuaciones arbitrales. No obstante, ello no impedirá la presentación de nueva solicitud por parte del demandante.

### ***2.4. Contradicción entre la solicitud de arbitraje y la demanda, o entre la contestación de la solicitud de arbitraje y la reconvencción***

En el presente artículo se ha mencionado algunos aspectos que consideramos podrían resultar relevantes como consecuencia de la recepción de la solicitud de arbitraje para determinar el inicio de la actuaciones arbitrales; sin embargo, tampoco se puede sobrevalorar la trascendencia de una solicitud de arbitraje y su contestación por encima de los documentos que permitirán establecer el detalle de los asuntos a ser materia de decisión por parte del tribunal arbitral como son la demanda, su contestación y reconvencción, dentro de la etapa postulatoria

A este respecto, el literal d) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece que el laudo podrá ser anulado en los casos que se acredite que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a

---

<sup>22</sup> Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje  
Artículo 39.- «Demanda y contestación  
[...]

3. Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral».

<sup>23</sup> Reglamento de Arbitraje de AmCham

Artículo 11: «Petición de Arbitraje

1. El arbitraje se inicia en la fecha de presentación ante el Centro, de una solicitud de inicio del arbitraje dirigida a la Secretaría (la Petición de Arbitraje).

2. La Petición de Arbitraje contiene:

[...]

b) La exposición sumaria de las pretensiones y, en su caso, la cuantía involucrada. Dichas pretensiones y cuantía podrán ser ampliadas o modificadas».

su decisión, con lo cual entendemos que ante un eventual supuesto de contradicción entre lo contenido en la etapa previa a la postulatoria, lo que debería prevalecer es lo expuesto en la demanda, la contestación de la misma y su eventual reconvencción.

### 3. CONCLUSIÓN

La Ley de Arbitraje ya regula con un postulado normativo claro el momento a partir de del cual se inician las actuaciones arbitrales y, por tanto, el arbitraje, lo cual a decir de Kundmüller constituye un hecho de suma importancia y de doble efecto, tanto para la seguridad jurídica de las partes como para las actuaciones arbitrales o el arbitraje mismo.

La referencia a la solicitud arbitral y su contestación es muy escueta en la Ley de Arbitraje, como actuaciones arbitrales luego del inicio del arbitraje, permitiendo libertad a las partes y a las instituciones arbitrales, a través de la aprobación de sus reglamentos, para determinar incluso la forma y dar contenido a los mismos.

Los representantes legales de las empresas, y personas naturales en general, que participan celebrando actos jurídicos de gran trascendencia para el futuro de sus negocios y actividades empresariales deberían estar capacitados en lo fundamental o encontrarse debidamente asesorados, pues al suscribir determinados contratos u actos jurídicos es muy probable que estén *contratando arbitraje*<sup>24</sup> sin tener claridad de los alcances de su obligación y, más aún, que de acuerdo con lo establecido en dichos convenios arbitrales, e incluso en la solicitud o contestación de arbitraje, de alguna manera u otra pueden quedar vinculados a un proceso cuyo desarrollo y hechos que deriven con posterioridad a los mismos pueden predeterminar el normal desarrollo y resultado favorable o también desfavorable del arbitraje para su parte.

Ya que en el presente trabajo también tratamos sobre el inicio y la solicitud de arbitraje como aspectos relevantes originarios que pueden tener implicancias importantes para el desarrollo y resultado el arbitraje, no queremos culminar sin llamar la atención sobre la conveniencia que en los arbitrajes en que se vea involucrado el Estado como parte, temas como el de confidencialidad o arbitraje *ad hoc* no le resulten aplicables, fundamentación que requerirá de especial dedicación en otra oportunidad.

Finalmente, no podemos dejar pasar esta oportunidad para reconocer al homenajeado Dr. César Guzmán-Barrón, a quien tengo la suerte de conocer de años atrás y de cuyos denodados esfuerzos y profesionalismo para tratar de solucionar una controversia que involucraba la recepción de la obra Gran Teatro Nacional fui testigo. Del mismo modo, para destacar la participación de los abogados Giovanni Priori y Ernesto Cáceres, adalides de una causa justa y comprometidos en una silenciosa, pero no menos férrea, defensa de los intereses del Estado peruano en dicho arbitraje emblemático.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO FREYRE, Mario y otros. «El inicio y libertad de regulación de las actuaciones arbitrales». En *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política - UAP*, 2016, n.º 18, vol. 14. Recuperado de <<https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1237/0>>.

DALE CARNEGIE. *Manejo de crisis y resolución de conflictos*. Recuperado de <<https://www.dalecarnegie.com/en/courses/519>>.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Inicio del arbitraje». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: IPA, 2011, tomo I.

---

<sup>24</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y otros. *Op. cit.*, p. 89.

MARTÍNEZ VAL, José María. *El abogado. Alma y figura de la toga*. Madrid: Cabal, 1956.

MACLEAN UGARTECHE, Roberto. «El alma dividida del arbitraje: ¿solución alternativa para los usuarios o fuente alternativa de honorarios para abogados? cómo apaciguar el corazón consigo mismo». En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (director). *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, tomo I.

MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis, 1996, tomo I.

ROBLES, Gregorio. *El testimonio de un jurista: Alejandro Nieto (1930-2017)*. Sevilla: Global Law Press - Editorial de Derecho Global & INAP (Instituto Nacional de Administración Pública), 2017.

LIBRO HOMENAJE AL DOCTOR  
CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA  
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE  
SEPTIEMBRE DEL 2023, CON F.M. SERVICIOS  
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,  
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795  
LIMA 18, PERÚ